Jur. opp.

g^t

V Brinkmann

Wissenschaftlich praktische

Rechtskunde.

Eine

Sammlung von Erörterungen

aus dem Gesammtgebiete

der

in Deutschland geltenden Rechte.

Von

Rudolf Brinkmann,
Professor in Kiel.

Erster Band.

Schleswig,
Druck und Verlag des königl. Taubstummen-Instituts.

1831.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Vorrede.

Die Rechtskunde auf eine wissenschaftliche und zugleich praktische Weise zu beleben und zu erweitern, ist das Ziel der in diesem Bande vereinigten Aufsätze. Aus Deutschland's gemeinem Rechte wähle ich den Stoff. Auch Land- und Stadtrechte ziehe ich in den Kreis meiner Behandlung, jedoch unter der Bedingung, wenn der Gegenstand eine allgemeinere Aufmerksamkeit verdient und in einer gewissen Gedrängtheit sich abthuen läßt. Kein Fach der Rechtswissenschaft wird von meinem Unternehmen ausgeschlossen, da der praktische Jurist das Ganze der Wissenschaft zu umfassen berufen ist. Aber eben deshalb, weil ich bei allen Abhandlungen mehr oder minder den Zweck verfolge, der Geschäftswelt nützlich zu werden, halte ich dergleichen Untersuchungen zurück, woraus nichts Anderes als ein Gewinn für die blos gelehrte Jurisprudenz hervorgehen würde.

Die praktische Rechtswissenschaft indessen denke ich mir in dem umfassendsten und edelsten Sinne des Worts. Ihr gehören nicht blos Rechtsfälle an, auch nicht blos Erörterungen streitiger Rechtsfragen ohne Bezug auf einen gegebenen Fall; sie befreundet sich vielmehr mit jeder wissenschaftlichen Untersuchung, welche den Ueber-

blick, die Einsicht, den Schatz der Kenntnisse eines Geschäftsmannes zu erweitern, seinen Geschmack zu befördern, und überhaupt in der Justizverwaltung ein redliches und mannhaftes Streben zu unterstützen geeignet ist; sie nimmt Antheil, lebhaften Antheil zugleich an den Personen, welche als Richter und Advokaten, oder in irgend einem andern Berufe, mit der Handhabung des Rechtes zu thun haben; kurz, in das Gebiet der praktischen Rechtswissenschaft fällt jede rechtliche Untersuchung oder Beobachtung, in Betreff der Sachen wie der Personen, mit einziger Ausnahme dessen, was nicht in das eigentliche Leben eingreift, mithin blos den Antiquitäten oder einer unfruchtbaren Philosophie angehört. Und gleich der unendlich verschiedenen Gestaltung, die sich im Geschäftsleben kund giebt, darf auch in der Form unserer wissenschaftlichen Bearbeitungen des anwendbaren Rechtes die größte Mannichfaltigkeit herrschen. Jede Art der Behandlung wird gestattet seyn, sobald sie, wenn auch nicht im gewöhnlichern Sinne belehrend oder etwas Neues zu Tage fördernd, doch anregend für den Geist des Praktikers erscheint.

Daß diesem ersten Bande ein zweiter binnen etwa anderthalb Jahren folgen werde, bin ich im Stande zu versichern; dagegen hängt eine weitere Fortsetzung von der Gunst des Publikums und von jenen glücklichen Umständen ab, die kein Unternehmen, um zu gedeihen, entbehren kann. Mit dem Material, welches ich in Händen habe, obwohl es aus einer zwanzigjährigen, anfänglich Französischen, dann Deutschen Praxis herrührt, und obwohl es aus den Geschäften des Advokaten und Kon-

sulenten, wie des Richters und Fakultisten, hervorgegangen ist, bin ich freilich nicht vermögend, zahlreiche Bände anzufüllen; denn offenherzig gestanden, selbst unter solchen praktischen Arbeiten, die sich im Kreise der Kollegen oder Geschäftsfreunde des Beifalls erfreut haben, eignet sich nicht das Meiste zu einer öffentlichen Mittheilung, weil, auch nach strenger Sonderung des Bessern, doch gar Vieles von dem Bessern lediglich in den einzelnen Fällen, worauf es sich bezieht, Werth behält, ohne weder zur Bereicherung der Wissenschaft, noch zur Erweiterung der Bildung der Geschäftsmänner, dienlich zu seyn. Inzwischen wird mir von vielen Seiten her, z. B. aus Hannover, Braunschweig, Hamburg, Mecklenburg, ein so reicher Stoff dargeboten, und namentlich sind die Herren Kanzler der beiden Obergerichte in Glückstadt und Gottorf, wie ich dankbar zu erklären mich gedrungen fühle, in der Mittheilung anziehender Aktenstücke aus Holsteinschen und Schleswigschen Processen so gütig gewesen, daß ich, ohne den guten Theil des eigenen Vorrathes in Rechnung zu bringen, versprechen darf, wenigstens aus der Norddeutschen Praxis noch eine Menge bedeutender Erörterungen und nützlicher Beobachtungen liefern zu können. Ueberdies bin ich nicht ohne Hofnung, gleichfalls aus dem Süden von Deutschland mit Beiträgen versehen zu werden; denn meine Freunde in Baiern, Würtemberg, Baden und Hessen, haben es mir niemals an freundlicher Theilnahme fehlen lassen. Es wird also nur darauf ankommen, wie die Art und Weise der Behandlung, wovon hier gleichsam eine Probekarte, obgleich eine lückenhafte, erscheint, dem Publikum gefällt. Jede Bemerkung

in dieser Hinsicht, selbst jeden schärferen Tadel, werde ich bereitwillig und ohne Eigenliebe erwägen.

In der Zeit, worin wir leben, scheint es kaum erlaubt, irgend einen Gegenstand, der mit dem Leben des Staates verknüpft ist, zu bearbeiten, ohne ein politisches Glaubensbekenntniß abgelegt zu haben; denn fast ist es schon dahin gekommen, daß man mehr nach den Personen fragt, die da schreiben, als nach dem Verdienste, welches in der Arbeit liegt. Für meine Person betrachte ich es als unerläßlich, zwischen dem Rechte, welches erstrebt wird, und dem, welches besteht, in der Praxis eine genaue Gränze zu ziehen. Gelangt die Verbesserung des geselligen, rechtlichen, staatsbürgerlichen Zustandes, zur Frage: so wünsche ich ihr von ganzem Herzen den gedeihlichsten Fortgang; denn ich halte dafür, daß jezt eine Periode eingetreten sei, wo gar manche Einrichtungen an die bessernde Hand der Zeit dringend mahnen. Diese Verbesserung aber, soll sie anders ihren Namen verdienen, muß auf verfassungsmäßigem Wege vor sich gehen, ohne Verblendung, ohne leidenschaftliches Toben, von uneigennützigen Männern, mit sorgfältiger Abwägung aller bedeutendern Verhältnisse der Staatsbürger und des Landes. Ein sogenanntes Fortschreiten auf der Bahn der politischen Kultur, welches mit roher Gewalt und mit Verletzung der bestehenden Verfassung geschieht, ist ein Rückschritt auf dem Wege des Rechtes, und eben darum wird dasselbe, wie glänzend immerhin der augenblickliche Gewinn sich darstellen mag, mit dem Fluche belastet, welchen jedes rechtsmörderische Beginnen verdient, über kurz oder lang seine Vergeltung

dulden. Hat es Fürsten gegeben, welche die bestehende Verfassung ihres Landes verachtet und vernichtet und dadurch das gekränkte Volk in die Verlegenheit gesetzt haben, die Bande der Treue und des Gehorsams als aufgelöst zu betrachten und sein gutes Recht durch gewaltthätigen Aufruhr wieder zu erlangen: sie büßen den Bruch der Ordnung, wodurch Fürst und Volk, Regierung und Unterthan, unsern Vätern auf das Heiligste verbunden schienen; sie entbehren jede tröstliche Theilnahme unter Europa's edlen Herrschern, die in seiner ganzen Größe das Unglück erkennen, welches durch böse Beispiele über ganze Nationen verbreitet wird. Aber auch Wehe dem Volke, welches, arglistigen Aufwieglern sich in die Arme werfend, zum Umsturz der gesetzlichen Ordnung sich misbrauchen läßt! Ist es möglich, daß mit solch einem Volke und den ehrlichen, aufrichtigen, Ordnung liebenden Deutschen, jemals eine Sympathie Statt finde? Weder in der Gewalt, noch in Kunstgriffen, die selten über ihre verächtliche Natur sich erheben, müsse man ein erlaubtes Mittel suchen, die vorhandene Verfassung zu ändern; vielmehr dürfen Regenten und Stände durch nichts, als die Macht der Ueberzeugung von der Rathsamkeit oder Nothwendigkeit, zu einer Aenderung oder Umgestaltung der Verfassung bestimmt werden. Diese Macht der Ueberzeugung soll auf Rede und Schrift sich gründen, und damit durch die Schrift jedermann, welcher Beruf fühlt, frei seine Meinung ausspreche, wünschen wir allenthalben die Aufhebung der Censur. Die neuesten Vorfälle in manchen Gegenden Deutschland's haben besser, denn alle philosophisch politischen Abhand-

lungen, die Beschränkung der Preßfreiheit als eine nicht nur wesentlich unvollkommene, sondern den Regierungen sogar nachtheilige Maaßregel, dargestellt.

In der peinlichen und bürgerlichen Gesetzgebung wird man, wenn von Umgestaltungen die Rede ist, wohl am wenigsten mit einem persönlichen Widerwillen zu kämpfen haben; aber desto mehr Schwierigkeiten liegen bekanntlich in der Sache selbst, Schwierigkeiten, die ich freilich nicht für unüberwindbar halte, die ich jedoch jedenfalls nur durch ein ruhiges und besonnenes Einschreiten, mit umsichtiger Prüfung aller Verhältnisse der Personen, des Grund und Bodens, der Gewerbe, Manufakturen, Fabriken, des Handels u. d. gl., und nach Anhörung sachkundiger Männer jeder Farbe, ausgeglichen wünsche. Ein Gesetzbuch, ohne Leidenschaft, ohne Tumult, nicht durch augenblickliche Herrschaft einer politischen Partei oder juristischen Schule zu Stande gebracht, wird, wie ich noch immer meine, jedem Deutschen Lande eine neue Wohlthat seyn. Bevor man aber Hand an das Werk legt, muß man sich die Vortheile wie die Gebrechen unseres dermaligen rechtlichen Zustandes klar wie in einem Spiegel vorgehalten und den Gewinn wie den Nachtheil einer neuen Gesetzgebung genau erwogen haben. Bloße Versuche mit einem neuen Gesetzbuche, Improvisationen der Lösung einer der höchsten Aufgaben, die der menschlichen Weisheit gemacht sind, würden sie nicht die Lage der Dinge unendlich verwirren und ungleich schädlicher fortwirken, als der Bestand unserer jetzigen Rechtsverfassung? Nur das Dauerhafte, das Dauerhafte, weil es möglichst vollkommen geschaffen ist, nützt dem Ziele

der Ruhe, welchem die gesittete Welt sehnsüchtig entgegen strebt. Man hüte sich daneben, dem Volke die Wohlthaten eines neuen Gesetzbuches im übertriebenen Farbenglanze vorzumalen; die Täuschung würde ein empfindliches Misbehagen verursachen. Nichts kann, ich weis nicht, ob gleißnerischer, oder kurzsichtiger seyn, als dem Publikum vorzuspiegeln, ein Gesetzbuch in der Landessprache würde jeden Betheiligten in den Stand setzen, sein eigener Rathgeber und Advokat zu werden, es würde dadurch die Willkür der Richter aufhören, die Richter würden dann ein gar leichtes Geschäft haben, nämlich das gar leichte Geschäft der Anwendung der Gesetze auf den vorliegenden Fall. Als wenn nicht im Gegentheil die Anwendung der Gesetze solche Fähigkeiten voraussetzte, daß das praktische Talent, in Vergleich mit dem wissenschaftlichen, ein gar seltenes zu nennen ist; als wenn nicht im Gegentheil eben das Geschäft der Anwendung nicht blos, sondern zugleich die Unvollkommenheiten, die das beste menschliche Gesetzbuch noch an sich tragen wird, dem Ermessen des Richters einen weiten Spielraum übrig ließen; und als wenn nicht, auf der Höhe der heutigen Bildung und bei dem Stande des unendlich verzweigten Verkehres der Menschen, die gründliche und allseitige Rechtskenntniß nur das Eigenthum eines besondern Standes im Staate bleiben müßte! Ueberspannt ist außerdem die Vorstellung, als wenn gerade auf geschriebenen Gesetzen alles Heil der bürgerlichen Ordnung beruhen würde. Alles Ansehen der rechtlichen Normen, mögen sie aus der eigentlichen Gesetzgebung hervorgegangen seyn, oder auf Sitte, Gewohnheit, Herkommen, Tradition

sich gründen, ist in der öffentlichen Meinung zu suchen. Was diese misachtet, was diese verwirft, zerfällt allmälig in sich selbst, wäre es auch auf die bündigste Weise zu Papier gebracht. Keine der vertragsmäßigen Konstitutionen, die für die Ewigkeit angekündigt wurden, hat sich im Kampfe mit den vorherrschenden Meinungen und Bestrebungen aufrecht zu erhalten vermogt. Und übersehen wir denn so ganz, was eine alltägliche Beobachtung in unsern Tagen uns vor die Augen führen kann, daß diejenigen, welche den langjährigen Genuß ihrer Rechte auf eine geschriebene Konstitution stützen und dieselben den, ob mäßigen oder überspannten, Anforderungen der Zeit Preis zu geben nicht geneigt sind, gerade von ihren Gegnern verschrien, verläumdet und wütend bedrohet werden, während eben diese Gegner doch wiederum auf geschriebene Verfassungen als das einzige Mittel des politischen Glückes der Welt dringen?

Das eben thut uns Noth, daß der Richter in seiner Amtsführung an dem Rechte festhält, welches derzeitmalen noch in gesetzlicher Kraft ist. In ruhigen Zeiten hält dieses jedermann für eine nothwendige Pflicht des Richters, deren Ausübung indessen als keine sonderliche Tugend erscheint. In Zeiten, wie die gegenwärtigen, halte ich diese Pflicht noch dringender geboten, und gestehe dem Richter, der sie übt, kein geringes Verdienst zu. Wanken die Richter im Sturme der politischen Parteien: so geht der lezte Anker der bürgerlichen Ordnung verloren, das einzige Schutzmittel der bedroheten persönlichen Freiheit, des gefährdeten Eigenthums, kurz alles dessen, was in irgend einer Art für den Staatsbürger

von Werth und Bedeutung ist. Doch, da unserm Deutschland noch niemals der schöne Ruhm der unparteiischen Urtheilsfällung und im Ganzen wohl selten der eben so schöne Ruhm der nachdrücklichen Vollziehung richterlicher Sprüche gemangelt hat: so dürfen wir uns der Hofnung hingeben, auch unter schwierigen Umständen, wenn Sophistik, Egoismus, Gleißnerei, Leidenschaften jeder Art, ja Zwang und Gewaltthätigkeiten, die heilige Gerechtigkeit zu stürzen drohen, werde unser Richterstand durch Ruhe, Besonnenheit und Charakterstärke, die ihm angeborne Würde standhaft zu behaupten wissen und die Pflichten des Richters von den Obliegenheiten des Gesetzgebers scharf unterscheiden. Nur so und nicht anders erwirbt sich der Richterstand gerechte Ansprüche auf die Dankbarkeit der guten Unterthanen, wie der Fürsten.

Kiel, am 11. Juni 1831.

R. Brinkmann.

Uebersicht des Inhalts.

Nr. Seite

1. Die Gültigkeit einer Rechtsnorm beurtheilt der Richter, daher auch die Legitimität oder Usurpation eines Gesetzgebers, insofern davon die Rechtsbeständigkeit eines Gesetzes abhängt 1
2. Die innere Ungerechtigkeit eines Gesetzes entbindet den Richter nicht von der Befolgung desselben 3
3. Von dem Widerspruche ausländischer und einheimischer Gesetze. Das Recht am Orte des Domicils entscheidet über die Rechtsfähigkeit der Handelnden; das Recht am Orte der Eingehung eines Rechtsgeschäfts entscheidet über dessen Zulässigkeit, Form und Wirkung; das Recht an dem Orte, wo die Erfüllung geschehen sollte, oder wo geklagt wird, ändert nichts an den Wirkungen des Rechtsgeschäftes (gegen Weber) 5
4. Darf ein einheimisches Gericht zur Umgehung ausländischer Gesetze hülfreiche Hand leisten? 19
5. Die Verheirathung eines Edelmanns mit einer Bäuerinn ist in der That standeswidrig, wenn sie auch im rechtlichen Sinne keine Misheirath ist 2
6. Ist es möglich, daß jemand in erlaubter Ehe Schwiegersohn seines eigenen Schwiegersohnes werde? Kann jemand blutsverwandter Oheim seines eigenen Oheims seyn? 23
7. Zwei Frauenspersonen verbinden sich mit einander durch priesterliche Trauung 24
8. Verzugszinsen gebühren seit dem Verfalltage auch ohne Mahnung. Von Nadelgeldern, da sie keine eigentliche Schenkung sind, können Verzugszinsen gefordert werden . . . 25
9. Nach dem Lübschen Rechte haftet die beerbte Frau für die Schulden ihres in Konkurs gerathenen Mannes, auch wenn derselbe weder flüchtig geworden, noch gestorben ist . . . 27

Nr.		Seite
10.	Die Abtheilung der Kinder von dem mütterlichen Vermögen ist nach dem Lübschen Rechte in so weit ungültig, als sie den zur Zeit des Ausspruchs vorhandenen Gläubigern der ehelichen Gütergemeinschaft zum Nachtheil gereicht, selbst wenn keine betrügliche Absicht vorgewaltet hat	29
11.	Die Vermutung des Beischlafs, welche darauf beruht, daß solus cum sola, nudus cum nuda gewesen ist, findet ohne Unterschied zwischen verheiratheten und ledigen Personen Statt. Wie sind die Worte: solus cum sola, nudus cum nuda, zu verstehen?	32
12.	Gläubiger und Schuldner des Pflegbefohlnen dürfen die Vormundschaft nicht übernehmen, sollte auch die Forderung oder Verbindlichkeit klar seyn	39
13.	Drei Kinder befreien von der Uebernahme einer Vormundschaft	42
14.	In wie fern ist einer preßhaften Person, einem Kranken, Gebrechlichen, Tauben, Stummen, ein Vormund beizuordnen?	44
15.	Die Savignysche Lehre vom Summariissimum in ihrer Anwendung auf Wegestreitigkeiten	47
16.	Der Tradent verliert den Besitz an den Empfänger nicht anders, als wenn er animo et corpore zugleich aufgehört hat, zu besitzen. Nur von dem tradirten Besitze redet das berüchtigte fr. 153. de regulis juris	58
17.	Eine Anerkennung von Seiten des Fiskus ist einer fiskalischen Veräußerung nicht gleich zu achten	61
18.	Oeffentliches Pfandrecht. Ueber den Geist der c. 11. C. 8, 18, qui potiores in pign. hab.	64
19.	Wie wird ein öffentliches Pfandrecht bestellt?	70
20.	Ueber die Mitwirkung des Schuldners zu der Bestellung eines öffentlichen Pfandrechtes	72
21.	Das Pfandrecht wegen eines Darlehns beginnt erst mit dem Tage der Auszahlung	76
22.	Ein Deutscher Erbvertrag wird durch Uebergehung eines Notherben nicht ungültig	79
23.	Nach dem Jütschen Low haftet die Frau für die Schulden des Mannes nur mit ihrem zur Gütergemeinschaft gehörigen Vermögen	81
24.	Vertretbare Sachen kann der Gläubiger nur in ihrer Gattung begehren, sollte auch eine besondere Bezeichnung Statt gefunden haben	84

Nr. Seite

25. Die Verabredung einer Leseprobe zwischen einem Bauer und einer Bäuerinn, mit dem Versprechen des Bauern, seiner Gegnerinn im Fall des Vorzuges im Lesen tausend Thaler geben zu wollen, ist ohne Rechtsbestand 92
26. Worin besteht ein Rechnungsfehler? 100
27. Wie benehmen sich Makler und ihre Gehülfen bei Besorgung von Landstellen und Abschliessung von Ehebündnissen? Actio de dolo. Consilium fraudulentum eines Curatoris sexus. Condictio indebiti. 110
28. Der Geber einer Summe Geld oder einer andern Sache kann die Rückforderung nicht durch den bloßen Empfang begründen 123
29. Von der dem Fiskus zuständigen Rückforderung dessen, womit sein Schuldner einen andern Gläubiger befriedigt hat. 127
30. Die irrige Zahlung einer verjährten Schuld begründet die Condictio indebiti. Um so mehr wird einer verjährten Forderung die Kompensirbarkeit versagt 144
31. Die Präklusion entzieht dem Gläubiger das Recht der Kompensation 160
32. Die Kompetenz kann nicht wider denjenigen Kläger vorgeschützt werden, welcher keine Leistung begehrt 163
33. Eine Gemeinschaft ohne Vertrag, communio incidens, gewährt keinen Anspruch auf Kompetenz 165
34. Unabhängigkeit der Justiz. Kassation eines richterlichen Erkenntnisses durch die Regierung 166
35. Die Frage, ob eine Kirchenkasse hinreichende Mittel habe, Neubauten und Ausbesserungen zu bezahlen? ist nach erhobenem Streite von den Gerichten zu entscheiden und keineswegs an die administrativen Behörden zu verweisen . 169
36. Ueber das mutwillige Processiren der Armen 173
37. Angebrachter Maaßen wird eine Klage abgewiesen, wenn sie die zu ihrer Begründung nothwendigen Thatsachen nicht bestimmt enthält. Verwechslung der Thatsachen mit Urtheilen und Schlüssen 178
38. Ueber den Misbrauch eines Blankets, so wie über die Unzulässigkeit des Exekutivprocesses, wenn dringender Verdacht eines solchen Misbrauchs vorhanden ist 180
39. In wie fern ist es nothwendig, daß der Beweisführer wenigstens eine Abschrift oder einen Auszug der Urkunde, welche er in Händen hat und womit er zu beweisen ge-

Nr.		Seite
	denkt, sofort bei Abtretung des Beweises oder doch inner- halb der Beweisfrist überreiche?	193
40.	Wer ist ein Zeuge in eigener Sache, in dem Sinne, um für gänzlich unfähig gehalten zu werden ?	196
41.	Wer sind die executores negotiorum? Wer ist in Rath und That? Die es sind, dürfen zum Zeugniß nicht zugelassen werden	199
42.	Ueber die Beweiskraft von Urkunden, welche in einem frem- den Welttheile ausgestellt worden, und von Zeitungsblät- tern, welche daselbst erschienen sind	204
43.	Ueber die Feierlichkeiten bei Ableistung eines Eides . . .	207
44.	Ueber die Warnung vor dem Meineide	213
45.	Wenn der Schwörer in der Ableistung des Eides von dem gegnerischen Anwalde unterbrochen wird: ist dann der Eid für geleistet zu halten?	222
46.	Von der Bürgschaft; insbesondere von dem Unterschiede unter den Römischen kumulativen Intercessionsarten in Ab- sicht auf Form und Inhalt	225
47.	Eine Verbürgung darf der Bürge vor der Einwilligung des Gläubigers wiederrufen	261
48.	Nach geschiedener Ehe ist die Bürgschaft wegen der Dos zulässig	264
49.	Ein präkludirter Gläubiger, insbesondere ein hypothekarischer, kann den Bürgen nicht ansprechen, sollte auch der Voraus- klage entsagt seyn	268
50.	Der Rückbürge darf sich auf eine Nachlässigkeit des Bür- gen und des Gläubigers berufen. Beispiel einer flüchtigen Profession im Konkurse. Wer ein ungerechtes Urtheil durch seine Verschuldung veranlaßt, kann sich an seinem Man- danten nicht erholen	274
51.	Ueber den Unterschied zwischen dem Privattestamente und dem Testamente vor Gericht und vor dem Landesherrn .	285
52.	Wie geschieht die Exekution eines Bundesschlusses und wem fallen die Kosten derselben zur Last?	298
53.	Ein Dienstherr wird in der Person seiner Amme nicht be- leidigt	302
54.	Ueber den richtigen Gebrauch der Kunstwörter in der Praxis.	306
55.	Darf der Kriminalrichter ein Exempel statuiren? . . .	318
56.	Wer beurtheilt eine Thatsache richtiger, ein Geschwornen- gericht? oder ein Richterkollegium auf Vortrag eines Refe-	

Nr.		Seite
	renten? Merkwürdige Beispiele der widersprechendsten Würdigung von Kriminalfällen	321
57.	Ueber die Vergreifung eines Staatsdieners an amtlich erhobenen Geldern	324
58.	Von der Strafbarkeit des Entwurfs eines hochverrätherischen Schreibens	329
59.	Die Erben des Verbrechers, welcher vor angestellter Untersuchung gestorben ist, haften nicht für die Kosten der wider die Theilnehmer angestellten Untersuchung	336
60.	Wie sich die Praxis in Betreff der Fristen in Civil- und Kriminal-Sachen geändert hat	339
61.	Die Urtheilsgründe in einer Civilsache sind vov den Parteien in so weit geheim zu halten, als sie den Verdacht eines Vergehens anschaulich machen und daher zu der Anstellung einer peinlichen Untersuchung Anlaß geben . . .	340
62.	Im inquisitorischen Processe werden Urtheile, in so weit sie eine Freisprechung enthalten, sofort rechtskräftig. Hiervon tritt keine Ausnahme ein, wenn ein Urtheil in den Punkten, die eine Verurtheilung enthalten, durch weitere Vertheidigung angefochten wird	342
63.	Ueber die kaufmännischen Umtriebe zur Vorbereitung eines betrügerischen Bankerotts, und den Anfangstermin des Vergehens der Verschleppung. Ein Beitrag in einer Vertheidigungsschrift	344
64.	Ermordung eines Kindes durch Nadeln, ausgeführt in einem öffentlichen Gebärhause. Ob Kindermord oder Verwandtenmord? Ob vollendetes oder versuchtes Verbrechen?	397
65.	Das Verunreinigen der zum öffentlichen Gebrauche dienenden Gewässer verdient eine strenge Ahndung	428
66.	Das Baden geschehe ohne öffentliches Aergerniß	430
67.	Im Jahre 1830 begehrt ein Vertheidiger noch die Beibringung des Todtenscheins über Napoleon's Ableben . . .	431
68.	Jedermann ist zu der Vertheidigung eines Angeschuldigten zuzulassen	433
69.	Eine zweifelhafte Verurtheilung in Kriminalsachen ist auf das Gelindeste auszulegen	436
70.	Die Prüfung der rechtsgelehrten Kandidaten in Schleswig und Holstein	437

1.

Die Gültigkeit einer Rechtsnorm beurtheilt der Richter, daher auch die Legitimität oder Usurpation eines Gesetzgebers, insofern davon die Rechtsbeständigkeit eines Gesetzes abhängt.

Der Richter ist nicht blos berufen, den Inhalt der Gesetze oder anderer Rechtsnormen in vorkommenden Fällen zur Anwendung zu bringen, sondern auch die Gültigkeit derselben, wodurch alle Anwendung bedingt ist, zuvörderst zu prüfen. Ungültige Gesetze, ungültige Rechtsnormen überhaupt, verbinden weder die Parteien, sich darnach zu richten, noch die Obrigkeit, auf die Beobachtung zu halten. Im Gegentheile würde der Richter, dem die Handhabung der Gerechtigkeit obliegt, pflichtwidrig und sträflich handeln, wenn er irgend eine ungültige, und darum mit der Gerechtigkeit unverträgliche Rechtsnorm, seinen Entscheidungen zum Grunde legte. Daß diese Ansicht richtig sei, wird freilich niemand bezweifeln; allein in der Anwendung stößt man bisweilen auf Bedenklichkeiten [1]). Wir wollen davon eine hervorheben. Ist es dem Richter erlaubt, die Legitimität oder Usurpation des Gesetzgebers in Untersuchung zu ziehen? Wenn von dieser Untersuchung die Ausmittelung der Gültigkeit eines Ge-

---

1) Jordan, Bemerk. über den Gerichtsgebrauch, im Archiv f. d. civ. Praxis. 8, 1. S. 214.

setzes, mithin zugleich dessen Anwendbarkeit, abhängt: so ist es für den Richter unumgänglich, über die Legitimität oder Usurpation zu urtheilen; es wäre denn, daß die Frage bereits durch ein gültiges Gesetz entschieden wäre. Dieses nahm die Kieler Fakultät als Grundsatz an, wie sie im J. 1826 über einen, bei der Justizkanzlei in Göttingen in Sachen v. Schleinitz wider Kunze u. Kons. anhängigen Lehnstreit, entschied. Es wurde die Legitimität des Königs von Westfalen in Frage gezogen. Bekanntlich war derselbe von Preussen im Tilsiter Frieden anerkannt, von Hannover, Braunschweig und Hessen niemals, obgleich das Königreich Westfalen aus den Erblanden dieser drei Häuser eben so wohl, als aus einem Theile der Preußischen Besitzungen, war gebildet worden. Durch ein Westfälisches Dekret vom 28. März 1809 war die Aufhebung des Lehnwesens auf dem Wege der Allodifikation, gegen Erlegung einer Rente oder Ablösungssumme, verfügt. Nun hatte aber die für Hildesheim erlassene, nachher auf den von Hannover erworbenen Theil des Eichsfeldes ausgedehnte, königl. Hannöversche Verordnung vom 15. Aug. 1815, in Betreff der Anerkennung der Westfälischen Allodifikationen, einen Unterschied gemacht, je nachdem „die Lehnkurie oder der Lehnherr in einem Lande sich befinden, welches der Verfügung des Westfälischen Dekrets vom 28. März 1809 nicht rechtmäßig unterworfen gewesen", oder rechtmäßig. Eben durch diese Unterscheidung waren die Gerichte, denen die Anwendung dieser Hannöverschen Verordnung zukommen würde, aufgefordert worden, über die Rechtmäßigkeit der Westfälischen Herrschaft in Bezug auf die verschiedenen Länder zu urtheilen. Hätte diese Entscheidung den Gerichten entzogen seyn sollen, so wäre es nothwendig gewesen, in der Verordnung selbst diejenigen Länder namhaft zu machen, welche man der Westfälischen Gesetzgebung als rechtmäßig oder nicht rechtmäßig unterworfen betrachtete. Beim Mangel einer solchen namentlichen Bestimmung kann nichts natürlicher seyn, als die allgemeinen rechtlichen Grundsätze

über Legitimität und Usurpation zur Anwendung zu bringen. Wenn es also in jenem Processe, welcher ein von Braunschweig relevirendes, jedoch extra curtem im Eichsfelde belegenes, während der Westfälischen Regierung allodificirtes Lehn betraf, von Einfluß gewesen wäre: so würde die Fakultät nicht im mindesten gezweifelt haben, die Westfälische Herrschaft in Bezug auf das Haus Braunschweig und dessen Lande für eine unrechtmäßige zu erklären, weil dieses Haus durch keinen Vertrag oder Friedensschluß den König von Westfalen anerkannt hat.

2.

Die innere Ungerechtigkeit eines Gesetzes entbindet den Richter nicht von der Befolgung desselben.

Bald nach Errichtung des Königreichs Westfalen wurden alle und jede, in dem Umfange desselben belegenen Lehne aufgehoben, namentlich auch die ehemaligen Reichslehne, so wie diejenigen, welche bis dahin von auswärtigen Souverains abhängig gewesen, indem, wie der König von Westfalen im Art. 2. des Dekrets vom 28. März 1809 erklärte, die Lehnherrschaft über alle diese Lehne ihm angefallen war. Bei Gelegenheit des Rechtsstreites, dessen unter voriger Nummer gedacht ist, und welcher die Vindikation eines von Braunschweigischer Lehnherrlichkeit abhängigen, auf dem Eichsfelde belegenen, von der Krone Westfalens aber verkauften Lehnes betraf, kam es in Bedenken, mit welchem Rechte die Krone Westfalen die Lehn-

herrlichkeit, welche bis dahin auswärtigen Fürsten zugestanden, sich anzueignen befugt gewesen sei? Die Rheinische Bundesakte, deren Art. 34 man in dieser Hinsicht anführt, läßt jenes Recht zweifelhaft [1]); indessen ist so viel ausgemacht, daß in vielen Staaten des vormaligen Rheinbundes in Betreff der feuda extra curtem auf ähnliche Weise verfahren wurde, wie in Westfalen [2]). Doch die ganze Frage über die Rechtmäßigkeit der Aneignung der Lehnherrschaft über die feuda extra curtem war in jenem Processe durchaus unzulässig, weil die Legitimität des Königs von Westfalen in Bezug auf das Eichsfeld, eine im Tilsiter Friedensschlusse von Preußen abgetretene Provinz, ausser Zweifel und damit seine Legitimität als Gesetzgeber dieses Theils des vormaligen Königreiches zugleich entschieden war. Die Legitimität der Westfälischen Gesetzgebung aber vorausgesetzt: so kann die Frage, ob und in wie weit dadurch das Recht fremder Fürsten gekränkt worden, in ihrer Beantwortung nicht von dem Richter abhängen, dem die Westfälische Gesetzgebung zur Richtschnur dienen soll. Darüber zwar darf der Richter urtheilen, ob eine gewisse Anordnung ein Gesetz, d. h. auf dem verfassungsmäßigen Wege als eine bindende Vorschrift zu Stande gekommen sei; allein es gehört nicht zu den richterlichen Attributen, die Rathsamkeit, Vernünftigkeit oder innere Gerechtigkeit eines Gesetzes, in Untersuchung zu ziehen, um nach Befinden dasselbe bei Seite zu setzen. Und wenn sich ein fremder Staat durch die einheimische Gesetzgebung gekränkt glaubt: so sind die einheimischen Gerichte nicht die Behörde, welcher bei Gelegenheit eines Rechtsstreites die

---

1) Les Rois, Grand-Ducs et Princes confédérés renoncent, chacun d'eux pour soi, ses héritiers et successeurs, à tout droit actuel qu'il pourrait avoir ou prétendre sur les possessions des autres membres de la confédération, telles qu'elles sont et telles qu'elles doivent être en consequence du présent traité; les droits éventuels de succession demeurant seuls réservés etc.

2) Klüber, öffentl. Recht des Deutschen Bundes. §. 446 (2te Ausg.)

Beschwerde über die innere Ungerechtigkeit der einheimischen Gesetzgebung vorzutragen ist, vielmehr ist es der diplomatische Weg, auf welchem der fremde Staat die vermeintliche Verletzung seiner Rechte vorstellen und eine Ausgleichung versuchen mag.

3.

Von dem Widerspruche ausländischer und einheimischer Gesetze. Das Recht am Orte des Domicils entscheidet über die Rechtsfähigkeit der Handelnden; das Recht am Orte der Eingehung eines Rechtsgeschäftes entscheidet über dessen Zulässigkeit, Form und Wirkung; das Recht an dem Orte, wo die Erfüllung geschehen sollte, oder wo geklagt wird, ändert nichts an den Wirkungen des Rechtsgeschäftes (gegen Weber).

Seit Herts klarer und bündiger Abhandlung über den Widerstreit verschiedener Gesetze [1]), scheint die Theorie über die Anwendung der Rechte, wenn mehrere Provinzial- oder Lokal-Rechte desselben Staates, oder wenn auswärtige und einheimische Gesetze mit einander im Widerspruche sich befinden, ziemlich feststehend geworden zu seyn, obwohl in der Ausübung weniger Sicherheit angetroffen wird. Der folgende Rechtsfall, im Jahre 1822 von der Kieler Fakultät

---

[1]) Hert D. de collisione legum (in dessen Comment. et Opusc. Vol. I).

entschieden, wird zur Erläuterung, zum Theil auch zur Berichtigung dieser wichtigen Lehre von der Kollision der Gesetze, beitragen.

§. 1.

Der Kaufmann F., vormals in Berlin domiciliirt, späterhin in Fürstenberg im Mecklenburg-Strelitzischen sich aufhaltend, war dem Handelsmanne Gley zu Fürstenberg 400 ℔ Preußisch Courant für geliefertes Getraide schuldig geblieben. Die Richtigkeit dieser Schuld wurde in Berlin am 23. Januar 1816 vor dem Winterfeldschen Patrimonialgerichte Niederschönhausen von dem Schuldner anerkannt, dabei aber von demselben erklärt, daß er jene Summe zu bezahlen dermalen außer Stande sich befände. Zugleich erschien vor diesem Gerichte des Schuldners Ehefrau, eine Tochter des Kommerzienraths B. aus dem Mecklenburgischen, und erklärte in Vereinbarung mit dem ebenfalls erschienenen Gläubiger Gley, daß sie jene Schuld als Selbstschuldnerinn übernehmen, aber ohne Zinsen erst nach dem Antritt der zu erwartenden väterlichen Erbschaft bezahlen wollte; wobei sie dem Gläubiger die Befugniß einräumte, sogleich nach dem Tode ihres Vaters auf den Grund dieser Erklärung einen Arrest auf ihren Erbtheil zu erwirken. Bei dieser gerichtlichen Handlung wurden die Förmlichkeiten beobachtet, welche das Preußische allgemeine Landrecht in Bezug auf die Intercession der Frauen vorschreibt. Es wurden nämlich gerichtsseitig und von dem als Assistenten der F...schen Ehefrau mitzugezogenen Hofiskal Riemann die gesetzlichen Folgen, welche die Uebernahme einer fremden Schuld mit sich führt, der F...schen Ehefrau erklärt, welche damals ungefähr 24½ Jahr alt, also nach Preußischem Rechte, welches die Volljährigkeit mit Vollendung des 24sten Jahres eintreten läßt, bereits volljährig geworden war.

§. 2.

Nach dem Ableben des Kommerzienraths B., des Vaters der Frau F., bat der Gläubiger Gley, gestützt auf jene Ver-

schreibung, um Arrest auf den Erbtheil der Selbstschuldnerinn. Dem Gesuche wurde von der großherzoglichen Justizkanzlei in Neustrelitz, dem Gerichtsstande weiland Kommerzienrathes B., einstweilen Statt gegeben, und, bei dem Widerspruch der F...schen Ehefrau, nach weiterer Verhandlung unter dem 30. Dec. 1818 erkannt: „daß der von dem Handelsmanne Gley erwirkte Arrest für zur Nothdurft justificirt zu halten, daher derselbe noch zur Zeit nicht wieder aufzuheben; es ist vielmehr zuvörderst Impetratinn die für ihren Ehemann durch Expromission übernommene Kapitalschuld von 4000 ℛ Pr. Cr., mit Verzugszinsen von Zeit der von ihr angetretenen väterlichen Erbschaft, dem Impetranten .... zu bezahlen, auch demselben die verursachten Kosten zu erstatten schuldig."

Auf eingewandte Appellation der Impetratinn aber erkannte das großherzogliche Oberappellationsgericht zu Parchim unter dem 11. Oktober 1819: „daß der .... Arrest wiederum zu relaxiren" sei, unter Vergleichung der Kosten beider Instanzen.

Wider dieses Erkenntniß ergriff der Appellat Gley das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand [2]), indem er sich über die Aufhebung des Urtheiles erster Instanz beschwerte und seine Bitte um Herstellung des Arrestes zu rechtfertigen suchte.

§. 3.

Die Erheblichkeit dieser, zur Entscheidung der Kieler Fakultät gelangten Beschwerde, war nach Lage der Sache lediglich von der Beantwortung der Frage abhängig: Ob nach den Rechten des Ortes, wo die Intercession übernommen wurde, oder nach den Rechten des Ortes, wo die Er-

---

[2]) Nach Mecklenburgischem Rechte bekanntlich ein ordentliches, nicht devolutives Rechtsmittel.

füllung geschehen sollte und wo deshalb geklagt worden, der streitige Fall zu beurtheilen sei?

„Sehen wir nämlich, (so lautet es in den Gründen des Kieler Urtheils, die ich in diesem Falle wörtlich zu geben mir erlaube) auf den Ort der geschehenen Expromission: so gilt in Berlin das allgemeine Preußische Landrecht, und darnach war die Imploratinn volljährig und daher an sich fähig, Verbindlichkeiten zu übernehmen [3]). Sie durfte auch Verbindlichkeiten ihres Ehemannes übernehmen, falls ihr nur von Gerichtswegen, unter Zuziehung eines rechtskundigen Beistandes, die Folgen einer solchen Uebernahme erklärt worden [4]). Dieser Vorschrift ist, nach Ausweisung der beigebrachten gerichtlichen Urkunde, genügt. Auch hat Imploratinn sonst keine Gründe vorgebracht, um ihre Unverbindlichkeit nach Preußischem Rechte zu zeigen.

Soll dagegen nach dem Orte der Erfüllung und Einklagung das vorliegende Rechtsgeschäft beurtheilt werden: so würde, da im Mecklenburgischen das Römische Recht als gemeines Recht gilt, die fragliche Expromission unter einem doppelten Gesichtspunkte sich als nichtig darstellen; einmal, weil die expromittirende Imploratinn damals noch nicht 25 Jahr alt war, und daher, nach dem Römischen und gemeinen Deutschen Rechte, nicht ohne Zuziehung eines Vormundes sich hätte verbinden können, aber auch selbst dann, wenn ein Vormund mitgehandelt hätte, die Sache doch zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sich eignen würde; zweitens würde die Nichtigkeit sich auch vermöge des Senatusconsulti Vellejani, in Verbindung mit der Authentica Si qua mulier, als unbezweifelt darstellen. Bei dieser Lage der Sache ist es, wenn nach den Rechten des Ortes der Erfüllung und Einklagung zu entscheiden ist, nicht weiter nöthig, auch einen dritten Gesichts-

---

[3]) Allgem. Landrecht I. 1. §. 26.
[4]) Das. I. 14. §. 221—224. und II. 1. §. 341—344.

punkt zu nehmen, um von da aus die Nichtigkeit der Expromission nach Römischem Rechte darzustellen, nämlich aus dem Gesichtspunkte einer Schenkung unter Ehegatten. Solche Schenkungen sind bekanntlich, wenn sie während der Ehe erfolgen, ohne rechtliche Wirkung, und insbesondere soll auch eine Intercession der Frau für ihren Mann, wenn sie sich als Schenkung verhält, nichtig seyn, wie dieses geordnet ist in der L. 5. §. 4. D. de donationibus int. vir. et uxor [5]). Nun scheint es aber an der Absicht, durch die fragliche Expromission eine Schenkung zum Besten des Ehemannes vorzunehmen, nicht gemangelt zu haben, da bei der Expromission selbst der Schuldner F. sein völliges Unvermögen zu erkennen gab und dennoch die Expromission erfolgte. Doch, wie gesagt, braucht hierauf bei der Entscheidung keine Rücksicht genommen zu werden, da schon aus andern unzweifelhaften Gründen des gemeinen Rechtes die Nichtigkeit jener Expromission hervorgeht, auch überdies die Absicht der Schenkung doch immer noch zweifelhaft bleibt und selbst die Imploratinn eine solche nicht behauptet hat. Uebrigens bemerken wir, daß nach dem Preußischen Rechte die Geschenke unter Eheleuten eben so gültig sind, wie unter Fremden [6]).

§. 4.

Wir kehren solchemnach zu der Frage zurück:

Soll das Recht des Orts der vollzogenen Expromission, oder soll das Recht des Orts der Erfüllung und Einklagung, im vorliegenden Falle zur Richtschnur dienen?

Die Gründe, welche uns rechtlich bewogen haben, das Preußische Recht als das Recht des Ortes, wo die

---

[5]) Si uxor viri creditori donationis causa promiserit et fidejussorem dederit: neque virum liberari, neque mulierem obligari, vel fidejussorem ejus, Julianus ait, perindeque haberi, ac si nihil promisisset.

[6]) Allgem. Landrecht II. 1. §. 310.

Expromission eingegangen wurde, der Entscheidung unterzulegen, werden wir voranschicken, und sodann die Zweifel zu entfernen suchen, welche jenen Gründen mit einigem Anschein könnten entgegen gestellt werden. Es ist

1) eine allgemeine Regel, daß der Stand oder die Fähigkeit einer Person nach dem Rechte des Domicils zu beurtheilen ist, sogar dann, wenn die Person sich anderwärts in Rechtsgeschäfte einläßt. Diese Regel ist von bewährten Rechtsgelehrten und aus so triftigen Gründen vertheidigt worden, daß wir uns billig einer weitern Ausführung enthalten. Wir verweisen nur auf denjenigen, der in dieser Materie einer der klarsten und bündigsten ist, auf Hert [7]). Daher hat denn auch im vorliegenden Falle die Volljährigkeit der Imploratinn und die damit verknüpfte Fähigkeit, sich zu verbinden, nach dem Preußischen Rechte müssen beurtheilt werden, da die Imploratinn in Berlin ihr eigentliches Domicil, und nicht etwa blos einen vorübergehenden Aufenthalt, zur Zeit der Expromission hatte, wie sie selber in ihrem Appellationslibelle ausdrücklich zu erkennen giebt. Sodann ist es

2) eine ebenfalls unbestrittene und in den Gründen des vorigen Urtheils anerkannte Regel, daß Rechtsgeschäfte in Ansehung der Art der Eingehung nach dem Rechte des Ortes, wo sie abgeschlossen worden, zu beurtheilen sind: locus regit actum [8]). So wie also die Fähig-

---

[7]) D. de collisione legum, Sect. IIII. §. VIII: Prima sit regula: Quando lex in personam dirigitur, respiciendum est ad leges illius civitatis, quae personam habet subjectam. Ratio hujus regulae est evidens. Persona enim subditi qua talis nemini alii est subjecta, quam summo imperanti cui se submisit. Unde fit, ut leges, quae personae qualitatem sive characterem imprimunt, comitari personam soleant, ubicumque etiam locorum versetur, tametsi in aliam civitatem migraverit, veluti si quis major, infamis, vel prodigus declaretur.

[8]) Hert a. a. O. §. X: Regula tertia sit: Si lex actui formam

keit der Imploratinn, für ihren Mann zu intercediren, zufolge der erstern Regel nach dem Preußischen Rechte zu beurtheilen war, so muß auch in Ansehung der Förmlichkeiten, zufolge dieser zweiten Regel, die fragliche Expromission nach dem Preußischen Rechte, welches nämlich am Orte der Handlung gilt, abgemessen werden. Gegen das Preußische Recht aber ist, wie wir früher gezeigt haben, nicht gefehlt. Daß übrigens aber auch der Implorant als Expromissar, wenn er gleich in Berlin als Ausländer erschien, sich dem Rechte des Preußischen Staates in Ansehung der Förmlichkeiten der Expromission unterwerfen mußte, leidet keinen Zweifel [9]). Ferner

3) ist darin unter den Rechtsgelehrten eine Uebereinstimmung, daß im Allgemeinen auch die Folgen eines Rechtsgeschäftes sich nach dem Orte der Eingehung richten, und nicht etwa nach dem Rechte des Ortes, wo es gerichtlich zur Sprache kommt [10]). Mithin würde auch die Wirkung der streitigen Expromission nach dem Preußischen Rechte zu beurtheilen seyn. Endlich

4) darf man es keinem Bedenken unterwerfen, daß die einmal rechtsbeständig eingegangenen Geschäfte durch die Aenderung des Wohnortes auf Seiten des einen oder an-

---

dat, inspiciendus est locus actus, non domicilii, non rei sitae, id est, si de solemnibus quaeratur, si de loco, de tempore, de modo actus, ejus loci habenda est ratio, ubi actus sive negotium celebratur. Regula haec apud omnes, quantum quidem sciam, est indubitata.

9) Hert a. a. O. — Mevii Quaest. praelim. ad jus Lubecc. Qu. 4. No. 13. 14. 15.

10) 6. D. 21, 2. de evictionibus: Si fundus venierit: ex consuetudine ejus regionis, in quo negotium gestum est, qro evictione caveri oportet. — 1. pr. D. 22, 1. de usuris: Cum judicio bonae fidei disceptatur: arbitrio judicis usurarum modus ex more regionis, ubi contractum est, constituitur; ita tamen, ut legi non offendat. Hert a. a. O. Weber, von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 62.

dern Kontrahenten nicht können ungültig werden, weder im Ganzen, noch so, daß gewisse Wirkungen wegfallen sollen. Denn nichts würde unbilliger, ungerechter, und für den geselligen Verkehr störender seyn, als wenn man den Verlust einmal erworbener Rechte von der zufälligen, oder vielleicht gar durch den Willen des Verpflichteten herbeigeführten Veränderung des Wohnortes, abhängig machen wollte. Diese Ansicht wird auf das triftigste unterstützt durch die L. 85. §. 1. D. de regulis juris: Non est novum, ut, quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus exstiterit, a quo initium capere non potuerunt; womit übereinstimmt can. 73. de reg. juris in 6to. Denn diese Gesetze, auf den vorliegenden Fall angewandt, würden es unbedenklich machen, die in Berlin unter der Herrschaft des Preußischen Rechtes gültig übernommene Schuld fortbestehen zu lassen, wenn gleich die Imploratinn, die jezt im Mecklenburgischen wohnt, für ihren Mann jezt zu intercediren außer Stande sich befände, da doch eine solche Unmöglichkeit auch jezt nicht einmal schlechthin vorhanden ist, vielmehr durch die eidliche Entsagung der Authentica Si qua mulier gemeinrechtlich sich entfernen ließe. Daher haben auch angesehene Rechtsgelehrte, unter andern Mevius [11]), die Meinung vertheidigt, daß die Aenderung des Wohnortes den einmal erworbenen Rechten unschädlich sei.

§. 5.

Wenn also, dieser unserer Ausführung zufolge, die Imploratinn als fortwährend verbindlich mußte angesehen, und durch richterliche Hülfe, auch wenn sie von einem Mecklenburgischen Gerichte erbeten wurde, zur Erfüllung angehalten werden: so haben wir uns nur noch mit den Zweifeln zu beschäftigen, zu denen theils die Vorträge der Imploratinn, theils die Gründe des vorigen Urtheils, Veranlassung geben.

---

11) Comment. in jus Lubecc. II. 2. Art. X. No. 12. 13.

Dahin zählen wir die von der Imploratinn und vormaligen Appellantinn in ihrem Appellationslibelle versuchte Ausstellung, als wenn der Richter nach ausländischen Rechten nicht sprechen dürfe, da er auf solche Rechte nicht verpflichtet worden. Allein eine solche Behauptung würde zu der größten Ungerechtigkeit führen, weil dann die Rechte unter den Parteien nicht von ihren Verabredungen, sondern von dem Zufalle, wo die Klage angebracht worden, abhängig gemacht würden. Aber auch so viel enthält jene Behauptung, als wenn die Gesetze sich blos als eine Instruktion für den Richter verhielten, was sie doch zunächst keinesweges sind. Vielmehr werden Gesetze zunächst für die Unterthanen des Gesetzgebers zu dem Zweck erlassen, damit sie sich in ihren Handlungen darnach richten, und der Richter soll, was bloße privatrechtliche Verhältnisse betrifft, nur bei Streitigkeiten und der Regel nach nur auf Nachsuchen des Verletzten und nur zu dem Zweck hinzutreten, um ausfindig zu machen und auszusprechen, was unter den streitenden Theilen Rechtens ist, und um den Berechtigten in seinem Rechte zu schützen. Endlich würden durch Aufstellung solcher Grundsätze, wie sie von der Imploratinn behauptet werden, die bisherigen völkerrechtlichtlichen Verhältnisse, zumal wie sie unter den verschiedenen Deutschen Staaten bisher bestanden, durchaus verletzt werden. Und in dieser Rücksicht wird selbst von Voet [12]), obgleich er vorher eine Ansicht, wie die der Imploratinn, vertheidigt, dennoch die Meinung zu erkennen gegeben, daß das Recht des Ortes, wo die Handlung vorgenommen, zur Richtschnur dienen müsse. So wie denn auch andere Rechtsgelehrte von Ansehen die Meinung, daß der Richter auch auswärtige Rechte zu berücksichtigen habe, theils unterschreiben, theils die Anwendung dieser Meinung

---

[12]) Comment. Pand. I. 4. P. II. de statutis §. 12.

bezeugen [14]). Und wenn Schweppe in Beziehung auf die Kollision der Gesetze verschiedener Bezirke sagt: „Eigentlich gelten die bisher angeführten Grundsätze nur für die Gesetze des nämlichen Staats": so würde sich doch, käme es bei bewandten Umständen sehr darauf an, geschichtlich nachweisen lassen, daß auch bei den Römern die Rechte der Peregrinen in den dazu geeigneten Rechtsfällen zur Anwendung gebracht wurden. Wir dürfen nur theils auf Seger [15]), theils auf die unlängst aufgefundenen Institutionen des Gajus verweisen, woraus wir unter mehreren Stellen nur eine solche auswählen, die den vorliegenden Fall besonders angeht. Gajus sagt nämlich: Praeterea sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur, nisi de peregrino fidepromissore quaeramus, et alio jure civitas ejus utatur [16]).

§. 6.

Ferner wird von der Imploratinn die Behauptung aufgestellt, als wenn auch die Preußischen Gerichte keine Rücksicht auf die Mecklenburgischen Rechte nähmen; eine Behauptung, die mit den Grundsätzen des Preußischen Landrechts [17]) im Widerspruch sich befindet, aber auch, wäre sie gehörig nachgewiesen, doch höchstens nur die Frage veranlassen könnte, ob nicht in dem vorliegenden Falle von der Retorsion Gebrauch zu machen wäre, die man an sich für zulässig erachtet [18]). Allein eine Retorsion würde im vorliegenden Falle ihren Zweck verfehlen, weil sie ja lediglich zum Nachtheile

---

[14]) Seger (resp. Wolf) de vi legum et decretorum in territorio alieno, pag. 10 et 26. Weber, von der natürl. Verbindlichkeit §. 62. Not. 1. Schweppe, Röm. Privatrecht §. 20.

[15]) a. a. O. S. 11 ff.

[16]) Gaji Inst. Comment. 3, p. 120.

[17]) Einleitung §. 39.

[18]) Vgl. Mevius, Quaest. prael. ad jus Lub. Qu. 6. No. 46.

eines Mecklenburgischen Unterthanen (denn ein solcher ist der in Fürstenberg wohnende Implorant) könnte ausgeübt werden *).

§. 7.

Endlich und hauptsächlich ist dasjenige zu erwägen, was dem allerhöchsten Tribunale als Grund gedient hat, von den oben nachgewiesenen Regeln eine Ausnahme in dem fraglichen Rechtsfalle eintreten zu lassen. Es sollen nämlich die in andern Ländern abgeschlossenen Rechtsgeschäfte nach dem fremden Rechte in dem Falle nicht beurtheilt werden, wenn die am Orte des Gerichts normirenden Rechte die natürlichen Befugnisse der Parteien zur Uebernahme gewisser Verbindlichkeiten abändern und solchergestalt den gerichtlichen Effekt der natürlichen Verbindlichkeit beschränken, weil in dieser Beschränkung ein Verbot für den Richter enthalten sei, die sonst hierbei eintretenden Rechte in so weit geltend werden zu lassen. Dieser Fall trete in gegenwärtiger Sache deshalb ein, weil die von der Appellatinn zu Berlin erklärte Uebernahme einer Schuld für ihren Mann durch die gemeinrechtlichen Befugnisse, welche sie in den Mecklenburgischen Gerichten in Anspruch nehme, für unverbindlich erklärt werde. Dem zufolge hätten bei dem, in der Akte vom 23. Januar 1816 stipulirten Arrestschlage auf den künftigen, in den Mecklenburgischen Landen belegenen väterlichen Nachlaß, sowohl bei der Stipulation, als jezt, die gemeinen und in den Mecklenburgischen Landen geltenden Rechte nicht unberücksichtigt bleiben dürfen, nach welchen das Arrestgesuch nicht genugsam begründet erscheine.

---

*) Daß die Retorsion nicht aus eigener Macht des Richters, vielmehr nur mit Genehmigung des Landesherrn, dürfe ausgeübt werden, behauptet mit gutem Grunde Strube, rechtl. Bedenken 5, 47. Vergl. auch die das. angef. Schriftsteller. Die Retorsion ist eine politische Maaßregel.

Dieser Ausführung scheint Weber [19]) das Wort zu reden. Er will nämlich zwar, daß bei natürlich erlaubten, aber bürgerlich verbotenen Rechtsgeschäften, das Recht des Orts, wo sie eingegangen sind, zur Richtschnur diene, wie es die Regel mit sich bringt. Allein von dieser Regel will er dann eine Ausnahme eintreten lassen, wenn natürlich erlaubte und verbindliche Handlungen nicht sowohl durch bürgerliche Gesetze verboten oder ganz für nichtig erklärt, als vielmehr nur in Ansehung der gerichtlichen Wirkung eingeschränkt sind; in diesem Falle soll nämlich das Recht angewandt werden, welches am Orte der Einklagung gilt.

§. 8.

Diese ganze Unterscheidung ist jedoch weder scharf begränzt und durch Aufzählung dahin zu rechnender Fälle, einige ausgenommen, vollkommen deutlich gemacht, noch durch haltbare Gründe unterstützt, vielmehr verwirrend und willkürlich, und von geachteten Rechtslehrern bereits verworfen, freilich mit Ausnahme des von Allen anerkannten Satzes, daß die Formen des gerichtlichen Verfahrens, als welche hier nicht in Frage sind, nach dem Rechte des Gerichtes, wo geklagt wird, müssen abgemessen werden [20]).

Wir glauben uns in dieser Hinsicht auf folgende Gegenbemerkungen beschränken zu dürfen.

Wenn der Gesetzgeber die gerichtliche Wirkung gewisser Verbindlichkeiten beschränkt: so ist in einer solchen Beschränkung freilich auch ein Verbot an den Richter enthalten, die entzogenen Wirkungen eintreten zu lassen, wenn er dennoch von dem Betheiligten dazu aufgefordert würde. Wenn also z. B. aus der Intercession einer Frau für ihren Mann ge-

---

19) Von der natürl. Verbindlichkeit §. 95.

20) Thibaut, System des Pandekten-Rechts §. 36. Nr. 2. Schweppe, Röm. Privatrecht §. 20. c).

klagt wird: so hat der Richter schon von Amtswegen die Klage zurückzuweisen, weil eine solche Intercession, in Gemäßheit der Auth. Si qua mulier, durchaus als nichtig erscheinen soll. Allein damit ist ja die Frage nicht entschieden: ob der Gesetzgeber blos die Intercessionen derjenigen Frauen, die ihm unterthan sind, und blos diejenigen Intercessionen, die in seinem Gebiete vollzogen worden, oder ob er auch die von ausländischen Frauen und die im Auslande geschehenen Intercessionen gemeint habe? Wenn daher, unserer früheren Darstellung zufolge, die in Frage befangene Intercession nach Preußischem Rechte gültig und darnach an sich zu beurtheilen ist: so dürfen auch die Mecklenburgischen Gerichte die Rechtshülfe nicht versagen, wenn sie nicht Gesetze für sich anzuführen vermögen, die ihnen solches verbieten. Aber ein Verbot dieser Art aus der Auth. Si qua mulier, als welchem Gesetze die Imploratinn zur Zeit der Intercession nicht unterworfen war, ableiten zu wollen, das würde sich als eine petitio principii verhalten.

Weber selbst, wenn man anders seine obige Meinung für anwendbar auf den vorliegenden Fall halten kann, giebt an einer andern Stelle [21]) so viel zu, daß das Verbot einer natürlich erlaubten Handlung, wohin denn unstreitig die Intercession der Weiber gehört, sich nicht extra territorium erstrecke, und will daher, wenn an einem Orte eine Schuld aus einem Glücksspiele erlaubter Weise entstanden ist, die Klage daraus auch da gestatten, wo die Glücksspiele verboten sind. Aber mit gleichem Rechte, wo nicht mit größerem, muß auch in der vorliegenden Sache die Klage im Mecklenburgischen zulässig seyn.

Es scheint die Weberscbe Unterscheidung, nach welcher bei einem durchaus verbotenen oder nichtigen Geschäfte der Ort der Eingehung, hingegen bei einem blos in Ansehung der gerichtlichen Wirkungen eingeschränkten Geschäfte der Ort

---

[21]) Von der natürl. Verbindl. §. 62. Not. 2.

der Einklagung entscheiden soll, sich kaum gegen den Vorwurf der Inkonsequenz vertheidigen zu lassen. Denn welche vernünftigen Gründe sollten vorhanden seyn, ein durchaus verbotenes Geschäft mehr zu begünstigen, als ein erlaubtes, aber nicht mit allen gerichtlichen Wirkungen versehenes?

§. 9.

Daß aber, als worauf in der Sentia contra quam Rücksicht genommen wird, schon bei der Uebernahme der Schuld ein Arrest auf den im Mecklenburgischen belegenen künftigen Erbtheil der Expromittentinn verabredet worden, kann in der Sache keine Aenderung hervorbringen. Denn wenn gleich die Sachen dem Rechte des Landes unterworfen sind, in welchem sie sich befinden: so ist dieses doch, nach der Meinung bewährter Rechtsgelehrten, nur von solchen Rechtssätzen zu verstehen, welche sich zunächst und hauptsächlich auf die Sachen beziehen [22]). Allein in solchen Fällen, wie der vorliegende, wo zunächst nur von der persönlichen Fähigkeit, sich zu verbinden, und von den Formen die Rede ist, unter welchen es gestattet wird, gewisse persönliche Verpflichtungen zu übernehmen, entscheidet das Recht des Domicils und das des Ortes der Handlung. Oder, mit Mevius zu reden, man hat zu unterscheiden statuta in rem und statuta in personam concepta. Jene verbinden den Unterthan, auch wenn er im Auslande über die Sache verfügt, z. B. wenn er Hypotheken bestellt, und nun von der Gültigkeit derselben die Rede ist. Diese hingegen verbinden ihn nur bei Geschäften im Inlande [23]). Daß aber das SCtum Vellejanum so wenig, als die Auth. Si qua mulier, sich zunächst auf Sachen beziehe, bedarf kaum der Andeutung."

---

22) Hert, a. a. O. §. VIIII.

23) Mevius, Quaest. praelim. ad jus Lub. Qu. 6. No. 2—9.

4.

Darf ein einheimisches Gericht zur Umgehung ausländischer Gesetze hülfreiche Hand leisten?

Bald nach dem lezten Kriege, welcher Deutschland von den Franzosen befreiete, erschien in einer Hannöverschen Stadt ein Engländer, dessen ganzes Benehmen sich dem Publikum als räthselhaft darstellte. Ohne Kaufmann zu seyn, ohne wissenschaftliche Zwecke zu verfolgen, und ohne eine andere kundbare Absicht seines Aufenthalts, blieb er Monate lang in jener Stadt, lebte zwar in einem engen Kreise, jedoch auf einem glänzenden Fuße, und zog hierdurch, so wie durch anscheinliche Sonderbarkeiten, die allgemeine Aufmerksamkeit auf sich. Hatte man es der Verschwendung oder der Prahlsucht beigemessen, daß der Fremde Extrapost mit vier Pferden nahm, um einen etwa eine halbe Stunde entfernten Lustort zu besuchen: so schien es doch fast unerklärlich, warum er in einem benachbarten Hessischen Flecken ein sehr einfaches, weder durch Lage noch durch innere Annehmlichkeit ausgezeichnetes Haus, gekauft hatte, ohne, seines zur Schau gestellten Reichthums ungeachtet, die mäßige Kaufsumme zu bezahlen. Ja es verlautete die Kaufbedingung, daß der bisherige Eigener sein gekauftes Haus nach wie vor bewohnen solle, und gewiß war es, daß der Käufer nie Anstalt getroffen hatte, die gekaufte Wohnung zu beziehen. Plötzlich kehrte der Engländer nach seiner Insel zurück, mit — einem Ehescheidungsbriefe in der Tasche!

Nach Englischem Rechte können Ehegatten aus gewissen Gründen zwar von Tisch und Bett geschieden werden; allein eine richterliche Auflösung des ehelichen Bandes, wenn die Ehe gültig geschlossen ist, findet nicht Statt. Nur durch eine Parlamentsakte wird die eigentliche Ehescheidung mög-

lich. Das deshalb einzuschlagende Verfahren ist jedoch weitläuftig und kostspielig. Ueberdies wird einzig der Ehebruch als parlamentarische Scheidungsursache anerkannt [1]). Mr.... lebte nun mit seiner Gattin unglücklich; aber er hatte keine Aussicht, nach den Gesetzen seines Landes eine Scheidung möglich zu machen. Von klugem Rathe unterstützt, erwarb er sich in jenem Hessischen Flecken ein Domicilium durch Ankauf eines Hauses, klagte gegen seine in England zurückgebliebene Gattinn bei dem Konsistorium in K. wegen böslicher Verlassung, indem sie sich weigere, ihm nach seinem neuen Wohnorte zu folgen, erlangte wirklich eine Vorladung seiner Frau, um sich zu verantworten, übernahm es selbst, diese Ladung insinuiren zu lassen, und da er endlich von seiner mit ihm einverstandenen Gattinn eine Erklärung des Inhalts beibrachte, daß sie sich niemals entschliessen werde, sich wieder mit ihm zu vereinigen: so erkannte das Hessische Konsistorium in K. auf Ehescheidung.

Ueberzeugt, daß keine Ehescheidung würde erkannt worden seyn, wenn das Konsistorium zu K. von den erzählten Umständen gehörig wäre unterrichtet gewesen, indem ich es als zweifelsfrei betrachte, daß die Wahl eines Domicils in der alleinigen Absicht, die Gesetze der Heimat zu umgehen, die Obrigkeit des neuen Domicils abhalten müsse, sich zum Spiel mit der Gerechtigkeit herzugeben und den widerrechtlichen Zweck zu fördern, habe ich blos aufmerksam auf eine Handlungsweise machen wollen, welche noch öfterer eintreten könnte. Beiläufig mag es gesagt seyn, daß Mr.... bereits in zwei andern Deutschen Ländern vergebliche Schritte gethan hatte, seinen Zweck zu erreichen; daß er aber auch von dem in K. gelungenen Versuche keine segensreichen Früchte zog. Er starb, einer Nachricht zufolge, an epileptischen Zufällen, nachdem er kaum seine heimatliche Insel wieder betreten hatte.

---

1) Blackstone, Comment. on the Laws of England 1, 15. (nach Gifford' Auszuge übersetzt von Coldiz 1. S. 216).

5.

Die Verheirathung eines Edelmannes mit einer Bäuerinn ist in der That standeswidrig, wenn sie auch im rechtlichen Sinne keine Misheirath ist.

Der Oberstlieutenant J. Ch. L. von Vultee zu Arolsen errichtete in einem Testamente vom 20. Nov. 1788 ein Familienfideikommiß, unter andern Bestimmungen mit der folgenden:

„Würde ein oder anderer von meinen Erben und deren männlicher Descendenz künftig außer Stand heirathen, es wäre dann, daß er dadurch sein wahres Glück beförderte, so soll derselbe von denen gedachten Zinsen und Einkünften, und überhaupt von meiner Allodial-Nachlassenschaft, gänzlich ausgeschlossen seyn."

Im Jahre 1821 wurde bei der Waldeckischen Regierung von einigen Mitgliedern der Vulteeschen Familie gegen einen der damaligen Nutzniesser des Fideikommisses auf Entziehung der Einkünfte deshalb Klage erhoben, weil derselbe eine Bäuerinn geheirathet habe. Der Beklagte suchte sich mit der Einrede zu schützen, daß es der Klage an einem Rechtsgrunde mangle, indem er nicht blos läugnete, sich außer Stand verheirathet zu haben, sondern zugleich behauptete, die Ehe eines Freien mit einer Freien sei keine standeswidrige Heirath.

Als im Jahre 1828 dieser Rechtsfall zur Entscheidung der Kieler Fakultät gelangte, hielt sie die Klage an sich für begründet. Daß die standesmäßige Verheirathung zu einer Bedingung dürfe gemacht werden, war nicht bestritten und ließ sich rechtlicher Weise nicht bestreiten [1]). Auch konnte

---

[1]) Vgl. G. L. Böhmer, Rechtsfälle 1, 55. Runde, Beiträge zur Erläut. rechtl. Gegenstände 2, 16.

man es nicht, wie der Beklagte versucht hatte, zur Frage stellen: ob den Rechten nach die Ehe eines Adelichen mit einer freien Person des dritten Standes für eine Misheirath gelte? Hier nämlich, wo von der Erklärung eines lezten Willens die Rede ist, durfte natürlich die Erörterung blos darauf gerichtet werden: ob man im Sinne des Fideikommißstifters die Verheirathung des Beklagten als Edelmannes mit einer Bäuerinn für eine standeswidrige Ehe halten dürfe? Der Beklagte hatte den Stand der Sache verrückt, indem er, ohne über den Vorwurf der mit einer Bäuerinn geschlossenen Ehe sich namentlich zu erklären, seine Behauptung allgemein so gefaßt hatte, daß die Ehe Eines vom niedern Adel mit einer Freien des dritten Standes nicht standeswidrig sei. Denn versteht man unter dem dritten Stande alle Unadelichen, ohne Rücksicht auf Geburt, Erziehung und Stand: so mögte es freilich Fälle genug geben, in welchen die Ehe eines Adelichen mit einer Bürgerlichen nicht für standeswidrig zu achten ist, eben weil unter den Bürgerlichen sich gar viele durch Erziehung und Stand so ausgezeichnete Personen befinden, daß die Verbindung mit einer derselben einem bloßen Edelmann keineswegs zur Verringerung seines Ansehens gereichen kann. Allein die Kläger hatten insbesondere behauptet, der Beklagte habe sich mit einer Bäuerinn verheirathet. Und ist dieses an dem: so hatte er, gewöhnlichen Ansichten gemäß, offenbar außer Stand geheirathet. Sollte in einem solchen Falle keine standeswidrige Verbindung anzunehmen seyn: welcher andre Fall könnte übrig bleiben, an welchen der Fideikommißstifter gedacht hätte? Auch von einem vornehmeren Manne bürgerlicher Herkunft würde man sagen, daß er, verbände er sich mit einer Bäuerinn, außer Stand heirathete, weil, dem gemeinen Sprachgebrauche und den gangbaren Vorstellungen zufolge, derjenige außer Stand sich verehelicht, welcher mit einer Person eines in der bürgerlichen Gesellschaft für geringer geachteten Standes sich verbindet, mit einer Person, die

ihm in der bürgerlichen Welt schon darum nachsteht, weil sie vermöge ihres Standes eine geringere Erziehung und Bildung genossen hat. Ueberhaupt erscheinen nur diejenigen als Personen von Stande, welche durch Geburt, Erziehung, Würden, Aemter, ausgezeichnet sind.

6.

Ist es möglich, daß jemand in erlaubter Ehe Schwiegersohn seines eigenen Schwiegersohnes werde? Kann jemand blutsverwandter Oheim seines eigenen Oheims seyn?

Der Gastwirth Bödecker in Göttingen heirathete nach dem Tode seiner ersten Ehefrau, mit welcher er mehrere Kinder erzeugt, die Tochter des Kellerwirths Boos. Dieser, ebenfalls Witwer, nahm eine von seines Schwiegersohnes Töchtern erster Ehe zur Frau. An der Erlaubtheit dieser leztern ehelichen Verbindung kann nicht gezweifelt werden. In der Schwägerschaft befindet sich nur der eine Ehegatte mit den Blutsverwandten des andern; die Verwandten der beiden Ehegatten aber sind unter einander nicht verschwägert. Boos war folglich kein Verschwägerter der Bödeckerschen Töchter erster Ehe, fand also in diesem Punkte kein Hinderniß, eine derselben zu heirathen. Diese Ehe gewährte das merkwürdigste Beispiel einer rechtlich möglichen Schwägerschaft von doppelter Art [1]). Bödecker wurde Schwiegerwater seines

---

[1]) Die Stammtafel dieses Falles ist zuerst mitgetheilt in meinen Instit. jur. Rom. S. 398 (nämlich in der 2ten Ausg. Schleswig 1822).

eigenen Schwiegervaters, Boos Schwiegersohn seines Schwiegersohns. In den Ehen wurden Kinder erzeugt. Wir wollen nur den einfachen Fall festhalten, in jeder Ehe wäre ein Sohn geboren. Bödecker's Sohn zweiter Ehe würde, durch seinen Vater, der halbbürtige Oheim von dem Boosschen Sohne gewesen seyn, durch seine Mutter hingegen der halbbürtige Neffe eben desselben, mithin Oheim seines eigenen Oheims. Die übrigen sonderbaren Verhältnisse z. B. zwischen Bödecker's zweiter Frau und den Boosschen Kindern zweiter Ehe, mag jeder nach Belieben weiter verfolgen.

7.

Zwei Frauenspersonen verbinden sich mit einander durch priesterliche Trauung.

Es giebt manche schulgerechte Definitionen, die uns fast lächerlich erscheinen, indem die ernsthafte Umständlichkeit, womit sie vorgetragen werden, öfters nichts weiter lehrt, als was wir ohnehin schon gewußt haben. Wird die Definition der Ehe mit den Worten begonnen, „est viri et mulieris conjunctio:“ wie könnte der Schüler ein Lächeln über eine Belehrung zurückhalten, welche von der Natur selbst der ungebildeteste Mensch schon in den Kinderjahren empfangen hat? Gleichwohl ist es nicht immer zu vermeiden, dergleichen Alltagsdinge in einen wissenschaftlichen Vortrag einzumischen. Die Ehe ist eine Verbindung zwischen Mann und Weib; also nicht zwischen zwei Männern, nicht zwischen zwei Weibern. Wer hat jemals gehört, daß zwei Weiber mit einander in einer scheinbaren Ehe lebten? Aber nichts ist so närrisch, daß es sich nicht unter der Sonne zutrüge. Im

Amte Ahrensböck, in Holstein, lebten mehrere Jahre hindurch ein Paar Landleute als getraute Ehegatten, bei welchen es sich auswies, daß Beide Weiber waren und die Gleichheit ihres Geschlechts bei Abschließung ihrer Verbindung gekannt hatten. Der angebliche Mann war, gleich der Frau, so unbezweifelt weiblichen Geschlechtes, daß man nicht die geringste Veranlassung hatte, ihn für einen Zwitter gelten zu lassen. In wie fern dieser einzige Fall eine peinliche Ahndung deshalb verdiente, weil die priesterliche Trauung gemisbraucht und von der einen Person der Stand eines Mannes in der bürgerlichen Gesellschaft unbefugt ausgeübt war, darüber an einer andern Stelle. Ein förmliches richterliches Erkenntniß über die Nichtigkeit dieser Ehe wäre in der That lächerlich gewesen.

8.

Verzugszinsen gebühren seit dem Verfalltage auch ohne Mahnung. Von Nadelgeldern, da sie keine eigentliche Schenkung sind, können Verzugszinsen gefordert werden.

In der Ehestiftung zwischen dem Rittmeister von Altrock und dem Fräulein von Blücher, beide im Mecklenburgischen wohnhaft, war unterm 18. Febr. 1792 verabredet:

„Es bewilligt auch der Herr Bräutigam außerdem noch der Fräulein Braut während der Ehe eine jährliche Hebung von zweihundert Reichsthalern N⅔tel zur Bestreitung der kleinen Ausgaben unter dem Namen eines Nadel- oder Spiel-Geldes in halbjährigen Ratis Termino Trinitatis und Antony fällig."

Hierauf gestützt, hatte Frau von Altrock die Nadelgelder, als seit Antony 1806 rückständig, nebst den Verzugszinsen in dem Konkurse ihres Mannes liquidirt. In dem Prioritätsurtheile hatte die Liquidantinn zwar mit den Nadelgeldern seit Antony 1806 bis zum Ableben ihres Ehemannes einen Platz erhalten; allein die Verzugszinsen waren übergangen. Auf deshalb erhobene Beschwerde erkannte die Kieler Fakultät im Jahre 1825: daß die Liquidantinn neben dem Hauptstuhle der Nadelgelder auch die Verzugszinsen, von der Verfallzeit der einzelnen Termine an gerechnet, zu erwarten habe.

Zweierlei Bedenken erhoben sich in dieser Rechtssache. Ist es Regel, daß Verzugszinsen seit dem verabredeten Zahlungstermine gebühren, wenn auch keine Mahnung sollte erfolgt seyn? Diese Frage wurde bejahet, im Einverständniß mit der bisher allgemein angenommenen Meinung, die zwar von Neustetel [1]) bestritten, aber von Thibaut [2]) mit überzeugenden Gründen vertheidigt worden.

Sind die Nadelgelder einer Schenkung gleich zu achten? Von einer rückständigen Schenkung werden nämlich keine Verzugszinsen entrichtet [3]). Aber so viel ist gewiß, daß man die Nadelgelder, Spielgelder, denarii truphales, mit den bei den Römern verbotenen Schenkungen unter Eheleuten nicht vergleichen darf. Die Nadelgelder werden völliges Eigenthum der Frau, so daß sie nach altem Lübischen Rechte nicht einmal in die eheliche Gütergemeinschaft gelangen und der Mann keine statutarische Portion davon erhält [4]).

Wäre eine Vergleichung dieser Deutschen Einrichtung mit einer Römischen stattfindig: so würden die Nadelgelder

---

[1]) Archiv für die civil. Praxis V. S. 221.

[2]) Das. VI. S. 45.

[3]) fr. 22. D. 39, 5. de donationibus.

[4]) Dreyer, in Siebenkees Beiträgen zum Deutschen Rechte III. S. 7.

mit der donatio propter nuptias zu vergleichen seyn, da, wie diese, auch jene auf einer Eheberedung beruhen und gewisser Maaßen wie ein Gegenversprechen der Dos erscheinen. Im vorliegenden Falle war auch wirklich dem Ehemann eine Dos verschrieben. Von einer donatio propter nuptias aber können allerdings, nach Leyser's Meinung [5]), Zinsen begehrt werden. Doch die Trüffel- oder Nadelgelder sind gar keine eigentliche Schenkung, vielmehr eine Abfindung der Frau wegen der kleinen Ausgaben für Putz u. d. gl., welche sonst dem Ehemann einzeln zur Last fallen würden.

9.

Nach dem Lübschen Rechte haftet die beerbte Frau für die Schulden ihres in Konkurs gerathenen Mannes, auch wenn derselbe weder flüchtig geworden, noch gestorben ist.

„Wird ein Mann wegen Schuld flüchtig, hat er dann „mit seinem Weibe Kinder, und ist die Schuld bekenntlich, „oder wie recht erwiesen, so soll dieselbe bezahlt werden von „ihrer beiderseits Gut" ꝛc. [1]). Dieser Artikel des Lübschen Statuts wurde stets so verstanden, als rede er von jedem in Konkurs gerathenen Ehemanne, auch wenn er sich nicht auf die Flucht begeben habe. Hr. von Villers indessen suchte zu Gunsten der Frau von Rodde, gebornen Schlözer, die beschränkende Erklärung zu rechtfertigen, mithin die Anwend-

---

5) Leyser, Medit. ad Pand. sp. 305. med. 7 u. 8.

1) Lübsches Stadtrecht 1, 5. Art. 7.

barkeit des Artikels auf den Fall der Flucht als die einzig zulässige zu zeigen [2]). Jedoch haben sich dagegen die wichtigsten Stimmen erhoben [3]). Auch die Kieler Fakultät nahm die ältere Erklärung im J. 1826 in einer, bei dem Stadtgerichte in Ribnitz anhängigen Rechtssache, als die richtigere an, weil diese Erklärung mit der Kraft eines Gewohnheitsrechtes auch die Vernünftigkeit verbindet, die beerbte Frau nicht unverhaftet in einer Gütergemeinschaft zu lassen, die ihr, wenn die häuslichen Umstände glücklicher Art sind, gleichfalls einen Antheil an den Vortheilen darbietet. Würde dagegen jener Artikel anders gedeutet: so würde folgen, daß der Frau lediglich eine Aussicht auf den Gewinn bliebe, daß sie aber auf den Fall eines gewöhnlichen Konkurses bei Lebzeiten des Mannes ihr Eingebrachtes ohne alle Einbuße aus dem Konkurse zurück fordern könnte. Auch wäre nicht einzusehen, aus welchen vernünftigen Gründen die Frau, wenn der Mann bei seinen Lebzeiten Konkurs macht, der Schulden halber weniger verhaftet seyn sollte, als wenn derselbe in schlechten Umständen verstorben ist. In diesem leztern Falle aber haftet die beerbte Ehefrau unstreitig.

---

2) Untersuchung der Frage: Ist nach den Rechten der vormal. freien Hansestadt Lübeck die Ehefrau eines Falliten überhaupt und in jedem Falle verbunden, die Schulden ihres Mannes zu bezahlen? Hamburg 1811.

3) (Hach) Beantwortung der Frage, wann haftet nach Lübischem Rechte die beerbte Ehefrau für die Schulden ihres Mannes? Lübeck, 1811. E. N. Carstens, auch ein Wort über die Theorie der ehel. Gütergemeinschaft nach Lüb. Rechte. 1811. Zeitschrift für gesch. Rechtsw. Bd. 4. S. 166. Heidelberger Jahrbücher 1823. B. 1. S. 119. Eichhorn, Deut. Privatrecht. S. 727. Mittermaier, Grundsz. des Privatrechts §. 352. (2te Aufl.).

10.

Die Abtheilung der Kinder von dem mütterlichen Vermögen ist nach dem Lübschen Rechte in so weit ungültig, als sie den zur Zeit des Ausspruchs vorhandenen Gläubigern der ehelichen Gütergemeinschaft zum Nachtheil gereicht, selbst wenn keine betrügliche Absicht vorgewaltet hat.

Der Bäcker Köster in Ribnitz, wo unter beerbten Ehegatten Gütergemeinschaft zufolge des Lübschen Rechtes gilt, hatte mit seiner ersten Ehefrau drei Kinder erzeugt, mit welchen er sich nach dem Tode der Frau in Ansehung des von derselben eingebrachten Vermögens gerichtlich auseinander setzte. Der ganze mütterliche Erbtheil der Kinder wurde auf 482 Rthlr. 33 ßl. bestimmt, derselbe in das Stadt-Kinderbuch eingetragen und deshalb eine Hypothek bestellt. Dies geschah am 9. März 1809. Dreiviertel Jahr später trat Köster sein Vermögen seinen andringenden Gläubigern ab. Die Masse wurde so geringfügig befunden, daß sie fast nur aus dem Wohnhause bestand, welches später für 440 Rthlr. verkauft worden. In dem Prioritäts-Erkenntnisse erhielten nun zwar jene Kindergelder ihren Platz, allein mit der Beschränkung, daß die während der ersten Ehe erwachsenen Schulden vorgehen sollten, da nach Lübschem Rechte das fräuliche Vermögen deshalb hafte.

Hierüber beschwerte sich der Vormund der Kösterschen Kinder erster Ehe. Abgetheilte Kinder sind nun zwar nach Lübschem Rechte wegen der Schulden ihres Vaters so wenig verhaftet, daß vielmehr dem Ausspruche oder dem Kinder-

gelde ein erhebliches Vorzugsrecht beigelegt wird [1]). Jedoch entsteht hierbei die Frage, in wie fern die Gläubiger der Gütergemeinschaft den Anspruch anzufechten befugt, oder, was am Ende auf dasselbe hinausläuft, in wie fern sie berechtigt sind, ihre Befriedigung auch aus dem Kindergelde zu suchen? Für die Kösterschen Kinder wurde die Meinung vorgetragen, daß die durch den Ausspruch verletzten Gläubiger zu einer Anfechtung des Ausspruchs nur dann befugt seyn würden, wenn derselbe von dem Vater in betrüglicher Absicht geschehen und die Kinder mit der betrüglichen Absicht bekannt gewesen wären; daß mithin alles darauf sich beschränke, den Ausspruch mit der Paulianischen Klage anfechten zu können.

Allein richtiger ist es, den Ausspruch in so weit für ungültig zu achten, als er den zur Zeit desselben vorhanden gewesenen Gläubigern zur Verkürzung oder zum Nachtheil gereicht hat, wenn gleich kein betrüglicher Vorsatz auf Seiten des Vaters oder der Kinder sich nachweisen läßt. Das Verhältniß nämlich der Gläubiger kann durch den, ohne ihre Zuziehung erfolgten Ausspruch, nicht schlechter werden; vor dem Ausspruche aber war ihnen das Eingebrachte der Frau eben so wohl verhaftet, als das Vermögen des Mannes selbst. Sie würden jedoch gar sehr gefährdet werden, wenn es dem Vater einseitig, d. h. ohne Mitwirkung oder Einwilligung der Gläubiger, erlaubt wäre, durch die Absonderung des mütterlichen Vermögens die Kinder den Verbindlichkeiten zu entziehen, welche diesen in Ansehung des mütterlichen Eingebrachten gegen die Gläubiger obliegen. Nur in dem Falle, da der Vater zur Zeit des Ausspruchs ander-

---

1) Lüb. Stadtrecht 3, 1. Art. 12. „Diesem folget gemeiner Stadt Schuld, welche alsdann gehet vor alle Creditoren, darnach Kindergelt, vor dem Rathe ausgesprochen, folgend der Brautschatz, trawe Hand, welche durch Untrewe verrückt ist, Kinder, armer Leute, Gotteshäuser und sonsten Geld, welches keine Rente giebt. Nach diesem die Creditores hypothecarii" u. s. w.

weitiges Vermögen genug hatte, um seine Schulden zu decken, kann man sagen, daß der Ausspruch den Gläubigern ohne Nachtheil gewesen sei.

Eine Berufung auf die Paulianische Klage ist hier überdies nicht zutreffend. Diese Klage setzt voraus, daß der Gemeinschuldner sein eigenes Vermögen zum Nachtheil seiner Gläubiger verkürzt habe. Hier aber ist eigentlich davon die Rede, ob er befugt gewesen, eine Verbindlichkeit, die den Kindern in Ansehung des Eingebrachten der Mutter oblag, zum Nachtheil der Gläubiger zu erlassen.

Dieser Meinung entspricht auch Mevius [2]), wenn gleich derselbe insbesondere nur den Fall behandelt, da der Vater mehr, als die Mutter eingebracht, den Kindern ausgelobt hatte. Denn es ist in der That gleich, ob der Vater seine Gläubiger dadurch gefährdet, daß er den Kindern mehr auslobt, als das Eingebrachte betrug, oder ob dadurch, daß er einen Ausspruch in Betreff desjenigen Eingebrachten thut, welches zur Deckung der Gläubiger noch nothwendig zu verwenden war [3]).

Was die Beweislast betrifft: so kann sie nur den Gläubigern obliegen, wenn der Ausspruch in gehöriger Form ist, die Beeinträchtigung aber von den Kindern geläugnet

---

[2]) ad Jus Lub. 2, 2. Art. 33. No. 195—198: Multo minus autem admittendum est, ut ea patris liberalitas obsit creditoribus, qui de damno vitando certant, quibus magis prospiciendum est, quam his, qui lucrum captant. Quo semel admisso aperiretur sane fenestra multis fraudibus, quibus liceret fraudulentis parentibus, per assignationes prospicere liberis et nocere creditoribus, qui plerumque obaeratis hostium loco sunt. Et si in concursu creditorum assignata exigant liberi, rationabile non puto, ultra ea, quae revera materna bona fuisse probantur, quae pater assignavit, prioritate maternae dotis gaudere, sed merito post omnes creditores chirographarios collocari fas erit, sicut de donatis aliis nemo non existimat.

[3]) Ein Präjudikat in diesem Sinne findet sich auch bei Ch. N. Carstens, Beiträge zur Erläut. des Lüb. Rechts. 1. S. 34 ff.

wird. Eben durch die obrigkeitliche Behandlung des Ausspruches entsteht die Vermutung, daß keine Gefährde Statt gefunden habe. Auch ist der Ausspruch an sich erlaubt, und nur ausnahmsweise wird er entkräftet, in so weit er nämlich eine Verletzung der Gläubiger mit sich führt.

Diesen Grundsätzen gemäß legte das Kieler Spruchkollegium (April 1826) den Kösterschen Gläubigern zuvörderst den Beweis auf: „daß der Gemeinschuldner, als er den in Frage befangenen Ausspruch wegen des Eingebrachten seiner ersten Ehefrau zum Besten der implorantischen Pupillen gethan, nicht mehr so viel im Vermögen gehabt, um seine Gläubiger befriedigen und zugleich die ausgesprochene Summe seinen Kindern erster Ehe gewähren zu können."

11.

Die Vermutung des Beischlafs, welche darauf beruht, daß solus cum sola, nudus cum nuda gewesen ist, findet ohne Unterschied zwischen verheiratheten und ledigen Personen Statt. Wie sind die Worte: solus cum sola, nudus cum nuda, zu verstehen?

---

§. 1.

Pabst Alexander's III berühmte Dekretale im cap. 12. X. 2, 23. de praesumptionibus gründet sich auf folgenden Rechtsfall: „Quod, cum P. ab A. muliere, quam in uxorem acceperat, peteret separari, accusatores matrimonii produxerunt testes firmiter asserentes, quod, postquam mulier cum praedicto viro contraxerat ma-

trimonium, consanguineum viri ejusdem solum cum sola, nudum cum nuda, in eodem lecto jacentem, ea, ut credebant, intentione, ut eam cognosceret carnaliter, viderunt, multis locis secretis, et latebris ad hoc commodis, et horis electis" etc. Darauf folgte die Entscheidung: „Respondemus, quod ex hujusmodi violenta et certa suspicione fornicationis potest sententia divortii promulgari" etc.

Wie jede andre gesetzliche Vermutung, so findet auch die hier ausgesprochene, ihre direkte Anwendung nur dann, wenn ein Fall sich ereignet, welcher dem der gesetzlichen Vermutung zum Grunde liegenden völlig gleich in den wesentlichern Stücken ist. Allein wie jedes andre Gesetz, gestattet auch der gesetzliche Ausspruch darüber, ob eine Vermutung begründet sei, eine analogische Anwendung. Hieran dürfte nicht gezweifelt werden, sollte auch die gesetzliche Vermutung weder mit der schlichten, natürlichen Ueberzeugung des Richters, noch mit dem Ergebniß eines tiefer eingehenden philosophischen Raisonnements, im Einklange stehen. Am wenigsten darf die analogische Anwendung in einem solchen Falle, da sie der richterlichen Ueberzeugung zusagt, gemisbilligt werden.

Jene Vermutung des Ehebruchs hat in den angeführten Umständen einen sehr natürlichen Grund. Zu welchem andern Zweck, als den Beischlaf zu gestatten, sollte sich eine Frau mit einem ihr nicht angetrauten Manne zu Bette begeben haben? [1]) Möglich bleibt es, daß die Beiwohnung nicht erfolgt sei, allein höchst unwahrscheinlich. Deshalb muß die Ausnahme von der gewöhnlichen Handlungsweise bewiesen werden, wenn die Vermutung ihre Kraft verlieren soll.

---

1) Hoc consequens regulare esse solet, sagt Boehmer, J. E. P. 2, 23. §. 4. No. 23.

§. 2.

Die Vermutung erstreckt sich zunächst nur auf den Fall, da eine Ehefrau des Ehebruchs angeschuldigt wird. Daß sie indessen mit gleicher Stärke gegen denjenigen streite, der mit einer Ehefrau unter den angeführten Umständen beisammen gewesen ist, kann nicht im Mindesten Bedenken leiden, sollte auch eine Anklage der Ehefrau nicht in Frage stehen, sondern die Klage gegen ihren Liebhaber gerichtet seyn. Eben so wenig kann es einen Unterschied machen, ob dieser Liebhaber ein Ehemann ist, oder nicht.

Eine andre Frage aber ist die: ob die Vermutung auf ein unverheirathetes Frauenzimmer Anwendung finde? Gewiß; denn eine unbegebene Person kann für sich nicht einmal geltend machen, was für eine Ehefrau spricht, das feierliche Gelöbniß der Treue. Dieses Gelöbniß so wenig, als der Umstand, daß in dem Falle jener Dekretale ein Blutsverwandter des Ehemannes der Liebhaber war, hat dem Pabste für ein hinreichendes Gegenwicht wider die Vermutung gegolten. Die Vermutung der bloßen Unzucht ist weniger gefährlich, wie die des Ehebruchs, eines schwereren Vergehens. Hätte die Ehescheidung, welche unter den in der Dekretale angeführten Umständen erkannt wurde, ihren Grund allein in der Unanständigkeit des Betragens der Frau gehabt: so ließe sich freilich die Anwendung auf unverheirathete Frauenspersonen nicht rechtfertigen. Aber der Grund bestand in dem dringenden Verdachte, daß eine fleischliche Vermischung, ein Ehebruch, eine fornicatio, Statt gefunden habe. Die Anwendbarkeit dieser Vermutung auf unbegebene Personen wurde in einem Urtheile anerkannt, welches die Rostocker Fakultät im J. 1818. in der Schwängerungssache Dettmann w. Crawack gesprochen hatte, dieses Urtheil auch von der Fakultät zu Göttingen im Okt. dess. J. bestätigt. Dem Beklagten wurde jedoch der Gegenbeweis wider die Vermutung des Beischlafs vorbehalten.

§. 3.

In eben diesem Rechtsstreite wurde darüber verhandelt, in wie weit eine Entkleidung nöthig sei, damit die Vermutung der Schwängerung Statt finden könne. Der Beklagte hatte eingeräumt, daß er der Klägerinn, wie sie eines Abends nach 11 Uhr zu Hause gekommen und zu Bett gegangen, auf ihre Einladung gefolgt und eine Weile bei ihr im Bette gewesen sei; daß er auch dieselbe berührt und auf ihr gelegen, jedoch die Sache selbst, welche zur Schwängerung gehört, nicht vollführt habe. Späterhin bezog er sich zugleich darauf, daß die Klägerinn so wenig nuda, als er nudus gewesen sei. Der Anwald der Klägerinn sagte alles Ernstes, „zur Vollziehung des Beischlafs müßten die konkumbirenden Personen allerdings nackend seyn, aber nur quoad partes concernentes"! In Göttingen wurde der Meinung des Rostocker Spruchkollegiums beigepflichtet, daß die Worte nudus cum nuda keinesweges so ganz wörtlich zu verstehen seien; daß es genüge, wenn beide Personen so weit entkleidet gewesen, als man gewöhnlich im Bette liege. Daß aber der Beklagte mit voller Kleidung sich in's Bett gelegt, habe er nicht behauptet. Außerdem leide es kein Bedenken, daß der Pabst den Zusatz: nudum cum nuda, nicht in der Absicht gemacht und machen können, um solchen Umstand als ein nothwendiges Erforderniß zum Eintritt der Vermutung darzustellen, sondern ohne Zweifel nur, um die Vermutung noch mehr zu begründen, da auch das: solum cum sola in eodem lecto jacentem, schon für sich hinreichend sei, eine solche Vermutung eintreten zu lassen [2]).

§. 4.

Die Einsamkeit ist ohne Frage der wesentliche Punkt zur Begründung des Verdachts, ungleich wesentlicher als das

---

2) Westphal, Kriminalrecht S. 201. §. 10. Quistorp, Grundsätze des peinl. Rechts I. §. 485. Not. t.

Bett und die Entkleidung. Die Gegenwart von Zeugen wird gemeinhin von der Beiwohnung abhalten, und könnte die Schaam verläugnet werden: so würden die Zeugen ein Beweismittel abgeben, und die Wahrheit käme an den Tag, ohne daß eine Vermutung nothwendig wäre. Unerheblich jedoch ist die Anwesenheit Dritter, wenn diese sich in einem Zustande befinden, daß sie für die Schaam kein Anstoß mehr sind. In einem Schwängerungsprocesse behauptete die Klägerinn, eine Hannöversche Bauernmagd, der Beklagte sei Nachts zu ihr in das Bett gekommen, worin sie mit der jüngern Magd gelegen habe. Bei dieser Gelegenheit sei sie geschwängert. Jenes gestand der Beklagte, dieses läugnete er. Als Zeuginn bestätigte die Bettgenossinn, ein Mädchen von 16 Jahren, daß der Beklagte sich in das gemeinschaftliche Bett zu der Klägerinn gelegt habe, daß sie, Zeuginn, aber nach einer Weile eingeschlafen, mithin von den weitern Begebenheiten ohne Wissenschaft geblieben sei. Offenbar stritt in diesem Falle die Vermutung des Beischlafs für die Klägerinn.

§. 5.

Einsamkeit und Entkleidung genügt nicht; die Personen, worauf die Vermutung soll bezogen werden, müssen auch Bettgenossen gewesen seyn, oder, wenn nicht gerade ein Bett, doch dieselbe Lagerstätte getheilt haben. Ohne Beweis dieses Umstandes würde die hier in Frage befangene gesetzliche Vermutung nicht Platz greifen, jedoch nach Beschaffenheit der Sache eine praesumtio hominis eintreten können. Von seiner Wirthschafterinn wurde ein Holsteinischer Hufner wegen Schwängerung belangt, indem Klägerinn, um ihre Behauptung wahr zu machen, sich darauf bezog, daß der Beklagte mit der Klägerinn in derselben Wohnstube geschlafen habe. In der Wand nämlich seien zwei Bettstellen angebracht; die eine habe dem Beklagten, die andre auf dessen Anordnung der Klägerinn zur Lagerstätte gedient, und Einer habe sich vor dem Andern ausgekleidet und zu Bett gelegt.

Diese Gelegenheit habe Beklagter benutzt, um öfters einen Schritt weiter zu gehen und sich zu der Klägerinn in's Bett zu legen. Nur den leztern Theil der klägerischen Behauptung und die Schwängerung läugnete der Beklagte, alles Uebrige räumte er als richtig ein, mit Berufung auf die Sitte der Holsteinischen Landleute, welcher zufolge ein Witwer oder Junggeselle als Hausherr seine Haushälterinn in einem Wandbette der Wohnstube, und nicht, wie seine Mägde und Knechte, auf der Diele und dem Boden schlafen lasse. Unter solchen Umständen war das Eingestandene, auch abgesehen von der kältern Natur eines Bauern, nicht geeignet, um den Beischlaf dringend vermuten zu können.

In einer Gegend von Holstein, der Probstei, zum Gerichtssprengel des adelichen Fräuleinklosters Preetz gehörig, herrscht die Sitte des sogenannten Fensterns. Fühlt ein junger Bauer Neigung zu einem Mädchen: so macht er Abends Besuche, wenn die Geliebte sich zu Bett gelegt hat. Von dem Einsteigen durch das Fenster führt die Sitte ihren Namen, wiewohl sie für so unschuldig gilt, daß meistens der gerade Weg durch die Thüre genommen wird. Der Zweck des Besuchs ist nämlich gemeinhin kein anderer, als sich im Gespräch zu unterhalten; daher nimmt der junge Mann seinen Sitz vor dem Bette und die Probsteierinn gestattet den Besuch eben so bereitwillig, wie eine Pariser Dame, die, im Bette liegend oder sitzend, ohne Erröthen Aufwartung annimmt, ob sie gleich auf dem Sofa nicht ohne Verletzung des Anstandes einem jungen Herrn einen Platz neben sich einräumen würde. Daß sich bisweilen eine weitere Vertraulichkeit unter den jungen Probsteiern anknüpft, mag wahr seyn; aber dann pflegt das Fenstern mit einer Heirath zu enden. Processe wegen Schwängerungen, die bei einer solchen Gelegenheit Statt gehabt, sind selten. Unzulässig aber würde jedenfalls die Vermutung einer Beiwohnung seyn, wenn sie durch einen solchen nächtlichen Besuch allein sollte begründet werden. Zuvörderst müßte das Geständniß oder der Beweis

vorliegen, daß der Liebhaber sich in das Bett seiner Geliebten begeben habe.

§. 6.

Daß die Sitte des Landes die Zusammenkunft dulde oder in Schutz nehme, ist ein grundloser Einwand wider die Vermutung des Beischlafs. Wegen Schwängerung unter dem Eheversprechen vor dem Landkonsistorium in K. belangt, gestand der Beklagte, daß er mit der Klägerinn unter einer Decke geschlafen, läugnete jedoch, daß er die Schwängerung vollführt habe. Nach seiner Erzählung herrscht in seinem Dorfe M. (in Holstein) die Sitte, daß bei Hochzeiten der Schaffner (eine Art von Chapeau d'honneur bei den Hochzeitsgelagen) mit seiner Schaffnerinn in der zweiten Nacht der hochzeitlichen Feierlichkeiten zu Bette geht. Für jede Hochzeit pflegen drei Schaffner und eben so viel Schaffnerinnen, lauter unverehlichte Personen, gewählt zu werden. Auf solche Weise, behauptete der Beklagte, sei ihm das Loos zugefallen, auf eine Nacht Bettgenosse der Klägerinn zu werden. Sein Anwald nannte freilich in der öffentlichen Audienz diese Art, junge Leute auf eine Nacht zusammen zu bringen, eine löbliche alte Sitte, welcher sich der Beklagte, ohne unartig gegen seine schöne Schaffnerinn zu werden, nicht habe entziehen können; allein es war doch kein haltbarer Grund vorhanden, die Vermutung der Schwängerung zu beseitigen.

12.

Gläubiger und Schuldner des Pflegbefohlnen dürfen die Vormundschaft nicht übernehmen, sollte auch die Forderung oder Verbindlichkeit klar seyn.

Justinian hat, mit Aufhebung des älteren Rechtes [1]), in der Nov. 72. ausdrücklich verboten, so wenig den Gläubiger als den Schuldner eines Pflegbefohlnen zu dessen Vormunde zu bestellen. Weil aber sich jemand fälschlich für einen Gläubiger ausgeben könnte, um der Last der Vormundschaft zu entgehen: so begehrt Justinian Beweis oder Beschwörung der Forderung. So klar indessen Justinian's Vorschrift nach Geist und Inhalt ist: so wirft doch Höpfner [2]), dem Hagemann [3]) folgt, die Frage auf: „Wie aber, wenn nun der bestellte Vormund die Schuld der Obrigkeit anzeigt?“ und beantwortet dieselbe: „Jezt kommt es auf die Umstände an. Ist die Schuld an sich schon ganz liquid, oder kann sogleich liquidirt werden (wozu allenfalls dem Pupillen ein besonderer Beistand zu geben ist), so kann die Obrigkeit, nachdem die Schuld bestimmt ist, den Vormund bestätigen und er kann sich nicht mehr exkusiren. Ist hingegen die Sache so leicht nicht in's Reine zu bringen, so wird ein Anderer zum Vormunde bestellt. Ich glaube auch, daß dies Alles dem Sinne Justinian's nicht zuwider ist.“ Diese Art, Gesetze zu erklären, widerstreitet bewährten Grundsätzen. Da niemand an der Klarheit der gesetzlichen Worte, denen zufolge weder ein Gläubiger noch ein Schuldner Vormund werden soll, zweifeln wird: so müßte der Wortsinn beibehalten werden, bis man mit Sicherheit zu behaupten

1) c. 7. C. 5, 62. de excus. tut. et curat.
2) Kommentar der Institut. §. 245. Not. 6.
3) Prakt. Erörterungen 5, 30.

vermögte, sie vertrügen sich nicht mit der Absicht des Gesetzgebers. Nicht dadurch kann man sich gegen die Worte in Widerstand setzen, daß man behauptet, eine von dem Wortverstande abweichende Erklärung sei dem Sinne des Gesetzgebers nicht zuwider; vielmehr liegt demjenigen, der die Worte verläßt, die strenge Nachweisung ob, daß seine Erklärung dem Geiste des Gesetzes gemäß sei. Aber eine solche Nachweisung ist Höpfner schuldig geblieben. Und wollen wir auch selbst die Nachforschung anstellen: so wird sie vergeblich ausfallen; wir werden vielmehr, selbst vom Wortsinne abgesehen, Gründe wider Höpfner's Meinung auffinden. Justinian sagt im Kap. 1. der Nov. 72:

„Wem der Minderjährige oder wem dessen Vermögen verhaftet ist, der soll auf keine Weise zu dessen Vormundschaft gelangen, wäre er auch vom Gesetz dazu berufen. Denn was würde ein solcher nicht zu seinem Vortheil vornehmen, wenn er seine eigenen und zugleich seines Gegners Angelegenheiten zu leiten hätte? Weshalb wir ferner anordnen, daß, wenn es ausgemacht gewiß ist, daß der Vormund dem Minderjährigen verhaftet sei, derselbe nicht Vormund werden soll, damit er nicht etwa die Schuldurkunde unterschlage, oder andre Beweismittel, welche der Minderjährige hat, vernichte, und diesem die Vormundschaft zum Verderben seines Vermögens gereiche. Es bestehe demnach als feste Anordnung, daß niemand, welcher vorgiebt, der Verstorbene oder der Minderjährige selbst oder dessen Güter seien ihm verhaftet, oder welcher jenem offenbar verhaftet ist, zur Vormundschaft desselben gelangen oder deshalb etwas zu unternehmen ihm erlaubt seyn soll."

Grund des Verbotes ist also die Befürchtung, daß jemand mehr sein eigenes Beste vor Augen haben würde, als das des Pflegbefohlnen, wenn er sich wie ein Gläubiger oder Schuldner desselben verhielte. Wie könnte man jeman-

den auch zutrauen oder zumuten, daß er wider alle natürlichen Verhältnisse mit gleicher Wage seine Pflichten gegen sich selbst und zugleich die gegen seinen Gegner erwöge und die doppelte Rolle eines Gläubigers und Schuldners ohne Verletzung der Pflichten auf der einen und andern Seite durchführte? Höpfner setzt zwar voraus, daß durch das Klarmachen der Schuld alle Bedenklichkeit gehoben sei; aber ist es nicht denkbar, daß auch eine klar gemachte Forderung oder Verbindlichkeit, deren Tilgung nicht sofort geschieht, in ihrem Fortbestande könne gefährdet werden, wenn dieselbe Person ihr und ihres Gegners Beste wahrzunehmen hat? Doch eine weitere Erörterung der Mislichkeit scheint überflüssig; in Justinian's Verordnung selbst liegt zu deutlich die Verwerfung des von der Liquidität hergenommenen Arguments. Denn es wird eben die Gewißheit, daß der zur Vormundschaft Berufene Gläubiger oder Schuldner sei, zur Begründung seiner Unfähigkeit im Kap. 1. vorausgesetzt, und sodann im Kap. 3. eine Beweisführung auf den Fall der Zweifelhaftigkeit, ob der Berufene wirklich Gläubiger sei, anbefohlen; nach beigebrachtem Beweise aber derselbe für untauglich erklärt, damit man statt eines Pflegers, nicht einen Feind dem Mündel vorführe.

Hiernach halte ich es für ausgemacht, daß ein Gläubiger oder Schuldner unfähig zur Uebernahme der Vormundschaft sei, daß er am wenigsten wider seinen Willen zum Vormunde dürfe ernannt werden, so lange das Verhältniß eines Schuldners oder Gläubigers zu dem Pflegbefohlnen besteht. Dieses wurde auch von dem Hofgerichte in Stade und dem Göttinger Spruchkollegium in dem Rechtsstreite, wovon unter der vorigen Nummer die Rede gewesen, angenommen, da der zur Kuratel des Kaufmanns R. berufene Halbbruder S. sich zugleich damit entschuldigte, daß er Schuldner und zugleich Gläubiger sei, obwohl dies Schuldverhältniß klar vorlag.

13.

Drei Kinder befreien von der Uebernahme einer Vormundschaft.

In dem eben erzählten Rechtsstreite berief sich S. zugleich darauf, daß er vier Kinder habe, und daß er schon deshalb frei von der Vormundschaft seyn würde. Auch diese Entschuldigung ließ das Hofgericht in Stade in seinem von der Göttinger Fakultät bestätigten Reskripte gelten, in Uebereinstimmung mit der Praxis des Zellischen Oberappellationsgerichtes, welcher zufolge drei Kinder von der Uebernahme der Vormundschaft befreien [1]).

Diese Praxis scheint mir Beifall zu verdienen. Zwar behaupten einige Rechtsgelehrte, wie Höpfner [2]) und Mackeldey [3]), den Mangel der Anwendbarkeit eines sogenannten Kinder-Privilegiums. Allein mag auch die L. Julia et Papia Poppaea die Quelle seyn: so ist doch die von der Zahl der Kinder hergenommene Entschuldigung nicht blos in die Justinianische Gesetzgebung aufgenommen, sondern sie erscheint auch, abgesehen von einem Vorrechte der Fruchtbarkeit und von einer Strafe der Ehelosigkeit, als ein sehr natürlicher Grund der Befreiung von der Vormundschaft. Wer so viel Kinder hat, daß ihn die Sorge für die Erziehung und das Fortkommen derselben drückt, dem darf billiger Weise nicht die Vormundschaft über fremde Kinder aufgebürdet werden. Dieser Ansicht entspricht auch

---

1) Hagemann, prakt. Erörterungen 5, 3.
2) Kommentar der Institut. §. 240.
3) Lehrb. des heut. Röm. Rechts §. 269. Not. a).

die Meinung von Mackeldey, welcher zugiebt, daß viele Kinder auch bei uns von der Uebernahme der Tutel befreien können. Nur will derselbe die Entschuldigung nicht auf jener Bestimmung des Römischen Rechtes beruhen lassen.

Das übrigens gerade drei Kinder eine Entschuldigung abgeben, empfiehlt sich deshalb, weil, was das heutige Verhältniß der Hauptstadt zu den Provinzen betrifft, alle Bürger ohne Unterschied für cives optimo jure zu achten sind, und darum eine Zurücksetzung, wie sie bei den Römern in Ansehung der Bewohner Italiens und der Provinzen vorkam, nicht Statt finden kann. Anders würde freilich die Sache zu nehmen seyn, wenn man gemeint hätte, die Erziehung eigener Kinder erfordere in Rom größere Sorgfalt, als in Italien, und in den Provinzen noch geringere, als in Italien; oder wenn man von der Ansicht ausgegangen wäre, daß man in Rom leichter taugliche Vormünder finden könne, als in Italien, und hier allenfalls leichter, als in den Provinzen. Aber dergleichen läßt sich bei der Anordnung, daß in Rom drei, in Italien vier, in den Provinzen fünf Kinder, von der Uebernahme der Vormundschaft befreien sollen, nicht nachweisen.

14.

In wie fern ist einer preßhaften Person, einem Kranken, Gebrechlichen, Tauben, Stummen, ein Vormund beizuordnen.

---

§. 1.

Ulpian, in seinem Werke über das Amt des Prokonsuls, sagt [1]):

His, qui in ea causa sunt, ut superesse rebus suis non possint, dare curatorem, proconsulem oportebit.

Desgleichen Paulus [2]):

Sed et aliis dabit proconsul curatores, qui rebus suis superesse non possunt.

Hiernach ist es Grundsatz, daß allen denjenigen ein Kurator zugeordnet wird, die ihren Angelegenheiten nicht selbst vorzustehen vermögen, daß also die Bevormundung nicht auf Minderjährige, Verschwender, Wahnsinnige, einzuschränken ist. Die Institutionen [3]) machen eine Anwendung jenes Grundsatzes:

Sed et mente captis, et surdis et mutis, et qui perpetuo morbo laborant (quia rebus suis superesse non possunt), curatores dandi sunt.

Diese Stelle der Institutionen darf aber nicht so verstanden werden, als wenn jedem, der an einer beständigen Krankheit leidet, ein Vormund beizuordnen sei, vielmehr muß man darauf sehen, ob ihm die Krankheit es unmöglich macht,

---

1) fr. 12. pr. D. 26, 5. de tut. et curat. datis.
2) fr. 2. D. 27, 10. de curatoribus furioso.
3) §. 4. I 1, 23. de curat.

seinen Geschäften vorzustehen. Die beiden Pandektenstellen lassen an der Richtigkeit dieser Auslegung nicht zweifeln, und wenn auch die Institutionen solche Personen, welche beständig krank sind, schlechthin der Bevormundung zu unterwerfen scheinen: so wird doch der Grund in die Unfähigkeit gesetzt, den Angelegenheiten vorzustehen. Fällt dieser Grund in einem vorliegenden Falle hinweg: so hat es gar nichts mehr für sich, den Kranken oder Gebrechlichen zu bevormunden, auf die Weise jemand mit der Führung der Vormundschaft wider Willen zu belasten und den Umfang der obrigkeitlichen Geschäfte und der daraus entspringenden Verantwortlichkeit zu vermehren.

§. 2.

Der ehemalige Kaufmann R. lebte blos von einem jährlichen Vermächtnisse von 160 *Rthl.* Seine Gläubiger hatten dasselbe mit Arrest belegt. Er wünschte, sich mit seinen Gläubigern zu setzen, gab aber vor, die dazu nöthigen Schritte nicht thun zu können, da er an einem Beinschaden litt, welcher ihn an das Haus fesselte. Deshalb bat er um obrigkeitliche Bestellung von zwei Kuratoren, und brachte dazu, außer einem Andern, seinen mütterlichen Halbbruder S. in Vorschlag.

Dieser bestritt die Nothwendigkeit einer Vormundschaft; und gewiß mit Recht. Zwar hatte es seine Richtigkeit mit dem behaupteten Beinschaden, wodurch der vormalige Kaufmann R. gehindert wurde, das Haus zu verlassen; allein diese, obwohl fortwährende Gebrechlichkeit, war für ihn kein Hinderniß, einen Bevollmächtigten zu bestellen und durch einen solchen mit seinen Gläubigern unterhandeln zu lassen. Es giebt gar viele Geschäfte, die man persönlich zu betreiben außer Stande sich befindet, ohne daß man eines Vormundes bedarf. Nur dann ist ein Kranker unter obrigkeitliche Vormundschaft zu stellen, wenn ihm die Krankheit die Leitung seiner Angelegenheiten unmöglich macht, wenn sie ihn

folglich außer Stand setzt, Anwälde, Dienstboten u. d. gl. Stellvertreter oder Mittelspersonen, durch welche er die Geschäfte besorgen läßt, mit den nöthigen Vorschriften zu versehen, ihre Geschäftsführung zu untersuchen und selbige nöthigenfalls zur Rechenschaft zu ziehen. Nur von einem solchen Kranken darf behauptet werden: rebus suis superesse non potest. Zog man im vorliegenden Falle noch die Einfachheit der Vermögensverhältnisse in Betracht: so konnte vollends an dem Ungrunde des Gesuches, durch obrigkeitliche Bevormundung einzuschreiten, nicht gezweifelt werden. Das Hannöverische Hofgericht zu Stade erkannte daher in einem abändernden Reskripte vom 8. Mai 1816, daß kein Grund zur Anordnung einer Kuratel vorhanden sei; ein Reskript, welches auf eingelegte Supplikation von der Göttinger Fakultät bestätigt wurde.

§. 3.

Was bisher von einem Kranken gesagt ist, findet natürlich Anwendung auf Taube und Stumme. Es bleibt blos eine Thatfrage, mithin von den Umständen des einzelnen Falles abhängig, ob ein Tauber oder Stummer eines Vormundes bedürfe; denn dieses hängt davon ab, ob er im Stande ist, seine Geschäfte zu leiten, also, wenn auch nicht selbst zu besorgen, doch die Aufsicht über die Personen, durch welche er sie besorgen läßt, gehörig zu führen. Man geht zu weit, wenn man meint, Taubstumme bedürften eines Kurators; denn auch Taubstumme können eine solche Bildung erhalten haben, daß sie nicht blos sich, sondern zugleich ihr Vermögen, zumal wenn dasselbe in keinen Verwickelungen sich befindet, zu leiten und zu besorgen fähig sind. Man geht auf der andern Seite zu weit, wenn man wähnt, ein Tauber, der reden kann, oder ein Stummer, der noch Gehör hat, bedürfe keines Vormundes.

15.

Die Savignyſche Lehre vom Summariissimum in ihrer Anwendung auf Wegeſtreitigkeiten.

So oft in unſerer Wiſſenſchaft die Berichtigung gewiſſer Anſichten nicht blos dem Theoretiker zuſagt, ſondern zugleich von wohlthätigen Folgen für das bürgerliche Leben iſt, wird die Praxis ſich geneigt fühlen, die neue Lehre anzunehmen und die bisherigen theoretiſchen Irrthümer nicht mehr in Anwendung zu bringen. In dieſer Beziehung empfiehlt ſich ganz vorzüglich Savigny's Lehre vom Summariissimum [1]). In dem folgenden Rechtsfalle wird dieſe Lehre in ihrem Kampfe mit früheren irrigen Meinungen und Anwendungen recht lebhaft und anſchaulich hervortreten.

§. 1.

Peter Hauſchild zu Grünendeich im alten Lande (einer kleinen Hannöveriſchen Provinz) iſt Eigener eines, neben der dortigen Hutflether Straße liegenden Stück Landes, über welches Klaus Moje zu Grünendeich und deſſen Hausgenoſſen ihren Weg zu Wagen, zu Pferde und zu Fuß, angeblich ſeit Verjährungszeit genommen haben, um nach dem Mühlenwege zu gelangen. Doch kann Moje auch auf einem öffentlichen Wege die Mühle erreichen. Vor jenem Lande befinden ſich zwei verſchließbare Hecke, deren Schlüſſel ſtets in Hauſchild's Hauſe ſich befunden haben. Iſt eins von den Hecken verſchloſſen geweſen: ſo hat Moje den Schlüſſel aus dem Hauſchildſchen Hauſe geholt. Aber am 14. März 1818. wird Moje'n der Uebergang über jenes Stück Land von

---

1) Recht des Beſitzes §. 51.

dem Hauschildschen Pächter Hein Kolster gewehrt und bei dieser Gelegenheit erhält Moje einen Schlag mit einer Baumwurzel. Moje findet sich darauf veranlaßt, nicht blos wegen der Thätlichkeiten, sondern in einem eigenen Processe auch wegen Störung im Besitze, gegen Hein Kolster klagbar zu werden und bei dem königl. Hannöverischen Gräfengerichte alten Landes darauf anzutragen: daß er, Implorant, durch ein Manutenenzdekret in dem Besitze des Ueberweges über jenes Land so lange geschützt werde, bis Implorat Kolster in possessorio ordinario oder in petitorio ein Anderes ausgeführt habe.

Kolster berief sich darauf, daß er nur Pächter sei. Zugleich trat der Verpächter Hauschild als Intervenient auf. Beide baten nicht nur um Abweisung des Imploranten Moje, sondern auch um einen Befehl, daß derselbe bis zu ausgemachter Sache sich jenes Weges enthalte. Um diese Anträge zu begründen, führte Hauschild unter andern an: In der Marsch (solchen Boden hat das alte Land) sei es bei schlechten Wegen etwas sehr Gewöhnliches, daß man seinen Nachbarn, ja oft einem Fremden, es gestatte, zur Vermeidung der oft grundlosen Heerstraßen auf ein Stück Land herunter zu fahren. Noch nie sei es aber wohl jemanden eingefallen, eine Gerechtigkeit daraus machen zu wollen. Auch dem Imploranten Moje sei es dann und wann auf seine Bitte gestattet worden, das in Frage befangene Stück Land zu passiren. Daraus folge aber eben so wenig ein Besitz oder ein Recht, als wenn Moje sich vielleicht, indem er die Hecke offen gefunden, heimlich übergeschlichen habe. Jedes Mal habe derselbe sich bedankt. Hätte er die Befugniß, in jedem Augenblick die Ueberfahrt verlangen zu dürfen: so würde er es sich nicht haben gefallen lassen, längere Zeit vor dem verschlossenen Hecke halten und dann erst um den Schlüssel bitten zu müssen, sondern er würde einen eigenen Schlüssel verlangt haben, damit er ungehindert in jedem Augenblicke die Servitut ausüben könne. Dem-

nach läugnete der Intervenient Hauschild, daß Implorant im Besitz einer Wegegerechtigkeit sich befände, berief sich auf die Vermutung des freien Eigenthums und hob es hervor, daß die in possessorio angestellte Klage mit nichts bescheinigt sei.

Replicirend suchte Implorant Moje ebenfalls eine vorläufige gerichtliche Verfügung wegen des streitigen Ueberweges, dessen er sich während des Processes bedient habe, als nothwendig darzustellen, weil Implorat Kolster mit neuen Thätlichkeiten drohe. Um seinen Besitz darzuthun, schlug Moje jezt Zeugen vor und überreichte Beweisartikel, jedoch unter Vorbehalt der Eideszuschiebung. Er läugnete ferner, daß er sich bittweise des Ueberweges bedient habe. Aus dem Abholen des Schlüssels könne kein precarium gefolgert werden; denn wäre ihm der Schlüssel verweigert: so würde er mit Gewalt das Heck geöffnet haben. Auch sei der Fußweg durch das Verschließen des Hecks nicht gehemmt worden. An beiden Seiten des Hecks sei eine Vorrichtung, mittelst welcher man stets neben dem Heck bequem wandern könne und daher werde dieser Fußweg täglich und stündlich von jedermann als ein Richtweg benutzt.

Nachdem duplicirend die Unerheblichkeit der Beweisartikel und selbst die Unzulässigkeit der Zeugen in diesem summarischen Verfahren darzulegen versucht war, verwarf das Gräfengericht unterm 2. Mai 1818 die Beweisartikel als irrelevant, forderte jedoch von dem Imploranten die Erklärung, ob er von der Eideszuschiebung Gebrauch machen wolle. Zugleich wurde dem Imploranten Moje aufgegeben, sich bei 5 Rthlr. Strafe des streitigen Ueberweges vor ausgemachter Sache nicht weiter zu bedienen; ein Befehl, welcher am 10. Jun. 1818, unter Androhung einer Strafe von 10 Rthlr., wiederholt wurde.

§. 2.

Auf Moje's Berufung erkannte das Hofgericht in Stade unterm 12. Sept. 1818: daß der Appellation wegen Unerheblichkeit der Beschwerden keine Statt zu geben, vielmehr bleibt dem Appellanten überlassen, . . . in possessorio ordinario vel petitorio seine Ansprüche weiter zu verfolgen. In den Gründen war nämlich gesagt, wie es auf einen, den behaupteten Besitzstand bezielenden Beweis, ja selbst auf eine fernere Eidesdelation, nicht ankommen könne.

Dieses Denegatorium wurde von Moje mit dem Rechtsmittel der Supplikation angefochten, indem er sich in der Hauptsache darüber beschwerte, daß das Erkenntniß des Gräfengerichts nicht, wie gebeten, vielmehr in pejus dahin abgeändert worden, daß es ihm nicht einst frei stehen solle, sich der Eideszuschiebung zu bedienen. Das hierauf von Rostock eingeholte, am 13. Oct. 1821 eröffnete Urtheil lautete dahin:

„daß ..... es weder bei dem Erkenntnisse des Gräfengerichts vom 2. Mai 1818 — mit Ausnahme jedoch des darin enthaltenen, dem Supplikanten gemachten Gebots: sich bis zur ausgemachten Sache des streitigen Ueberwegs nicht zu bedienen, als wobei es, wegen nicht beigebrachter Bescheinigung des Besitzes, billig sein Bewenden behält — noch bei dem Bescheide vom 12. Sept. 1818 zu lassen; vielmehr ist . . . der Supplikant .... verbunden, zur Bescheinigung seines behaupteten jüngsten Besitzes, innerhalb einer Frist von drei Wochen den Beweis rechtlicher Art nach darüber zu führen:

daß er sich bereits vor der, am 14. März 1818 vorgefallenen Störung, ohne einigen Widerspruch und Beunruhigung, des streitigen Ueberweges willkürlich bedient habe;

so wie dagegen dem Supplikaten nachgelassen wird, binnen gleicher Frist den Beweis darüber zu führen:

daß er dem Supplikanten die Benutzung des streitigen Ueberweges nur bittweise eingeräumt habe."

§. 3.

Mit diesem Urtheile war jedoch der Intervenient Hauschild nicht zufrieden. Seine Supplikation gelangte zur Beurtheilung unserer Fakultät. Die Gründe, weshalb wir der Supplikation Gehör gaben und das Erkenntniß des Hofgerichts herstellten (Dec. 1822), mögen hier fast wörtlich Platz finden.

Es kam zunächst auf eine kurze Auseinandersetzung der Grundsätze an, welche in Betreff des jüngsten Besitzes gelten. Denn daß aus dem jüngsten Besitze geklagt worden, darüber läßt schon die angebrachte Imploration keinen Zweifel, da Moje nämlich seinen Klagantrag auf Schutz im Besitze des Ueberweges bis dahin, daß sein Gegner in possessorio ordinario oder in petitorio ein Anderes würde ausgeführt haben, gerichtet hatte.

Die gesetzliche Quelle, aus welcher wir vorzugsweise die Lehre vom Summariissimum zu schöpfen haben, ist bekanntlich die Kammergerichts-Ordnung [2]), so wie das Koncept derselben [3]). Darnach soll der Richter entweder auf Anrufen der Parteien, oder auch von Amtswegen, die Macht haben, in solchen Fällen, da der Besitz oder Quasibesitz zweifelhaft ist, und Thätlichkeiten unter den Parteien, Empörung, Weiterung oder Aufruhr, zu besorgen stehen, „summarie, ohne einichen Gerichtlichen Pro„ceß, oder andere weitläufftige außführung der Sachen, zu „erkennen, welchem theil die momentanea possessio oder „quasi eynzugeben, oder zu inhibiren sey, sich derselben,

---

[2]) Th. II. Tit. XXI. §. 1. 2. 3.
[3]) Th. II. Tit. XXII. §. 1—5.

„biß zu endtlichem außtrag deß Rechtens in possessorio „oder petitorio, zu enthalten. Und so das beschehen, soll „alsdann solchs keinem theil an seinem inhaben oder Besitz, „in Rechten nachtheilig seyn.“ Bei zu befürchtenden Thätlichkeiten sind also die Streitigkeiten über den Besitz lediglich aus dem Gesichtspunkte von polizeilichen Maaßregeln, ohne Beobachtung der eigentlichen Proceßgrundsätze, zu behandeln; daher sind auch blos vorläufige Maaßregeln zu nehmen, die weitern Streitigkeiten aber, betreffen sie den Besitz, oder das Recht selbst, dem Wege Rechtens zu überweisen. Bei dieser von dem Gesetzgeber deutlich gegebenen Ansicht, die, obwohl durch verkehrte Auslegung und durch eine misleitete Praxis oft verdunkelt, doch in der neuern Zeit von Savigny [4]), und zwar mit Beifall angesehener Proceßlehrer [5]), wiederum ihre Aufklärung erhalten hat, mußte man in vorliegender Sache um so mehr zu verweilen sich bewogen finden, da nach den Hannöverschen Landesrechten die Richter angewiesen sind, mehr auf die unmittelbaren Quellen des Rechtes, und auf eine mit triftigen Gründen unterstützte Auslegung, als auf die bloßen Meinungen der Rechtslehrer, zu achten [6]).

Dieses vorangeschickt, werden wir zeigen, daß sowohl nach den in erster Instanz eingetretenen Verhandlungen, als nach der spätern Lage der Sache, der Implorant Moje einen Schutz seines vorgeblichen Besitzes im Summariissimo nicht zu erwarten hatte. Zulezt werden wir die Zweifelsgründe beseitigen.

§. 4.

Vor dem Untergerichte hatte Moje seinen behaupteten Besitz des Ueberweges mit nichts bescheinigt, wie solches

---

[4]) Recht des Besitzes §. 51.
[5]) Martin, bürgerlicher Proceß §. 248.
[6]) Zellesche O. A. G. Ordnung II. 12. §. 12. Justiz-Reglement §. 16.

denn auch das Rostocker Urtheil zu erkennen giebt. Und wenn freilich faktisch der Ueberweg vorhanden gewesen ist, indem Hauschild einräumte, seinem Gegner bittweise den Ueberweg gestattet zu haben: so ist doch dagegen eben dieser Umstand, ob eine bloße Gefälligkeit erwiesen sei, ebenfalls im Summariissimo nicht außer Acht zu lassen. Dieses nimmt Savigny im Allgemeinen an und man muß es insonderheit bei Streitigkeiten über Wege um deswillen annehmen, weil Wege sehr häufig aus bloßer Gefälligkeit gestattet werden und es daher sehr leicht möglich wäre, daß jemand, wollte man die Frage von der prekären Beschaffenheit des Besitzes beseitigen, eine einmal gestattete Gefälligkeit misbrauchte, um einen vorläufigen Schutz in einem, rechtlich niemals vorhanden gewesenen Besitze, sich zu verschaffen. Hatte also das Gräfengericht bei Entscheidung der vorliegenden Sache im Allgemeinen so, wie im possessorio ordinario, darauf Rücksicht zu nehmen, ob von dem Imploranten Moje der Weg weder gewaltthätig, noch heimlich, noch bittweise, ausgeübt worden: so entstand ferner die Frage: Was hat Moje im diesem Punkte bescheinigt, und was hat darwider der Implorat Kolster oder der Intervenient Hauschild beigebracht? Moje aber hatte nichts bescheinigt, Hauschild hingegen war Eigener des Landes, worüber der Weg begehrt wurde; für ihn stritt folglich die Vermutung der Freiheit von jeder Art von Dienstbarkeit. Ferner stand dem behaupteten Ueberwege, wenigstens insofern, als er sollte zu Pferde oder zu Wagen genommen werden, die verschlossene oder doch verschließbare Einfriedigung entgegen, zu welcher Hauschild allein den Schlüssel, mithin auch allein das Symbol der Herrschaft hatte. Ueberdies sprach für Moje's Antrag, abgesehen von den Thätlichkeiten, welche von dem Hauschildschen Pächter Kolster verübt worden, gar keine Dringlichkeit der Umstände; vielmehr ist es außer Zweifel, daß auch ein öffentlicher Weg Moje'n zu Gebote steht, und daß derselbe, wie er selbst einmal anführt, des streitigen

Weges sich deshalb bedient hat, weil er auf selbigem näher und wohl bequemer zur Mühle gelangen kann. Auf eine Dringlichkeit der Umstände aber ist im Summariisimo um so mehr Rücksicht zu nehmen, als es der gemeinen Regel des Rechtes entspricht, daß ein außerordentliches Verfahren, wie allerdings das Summariissimum es ist, nicht ohne Noth eintrete [7]).

Unter allen diesen Umständen durfte sich Moje in dem angestellten Summariissimo keinen günstigen Erfolg versprechen, vielmehr konnten Kolster und Hauschild erwarten, daß, wie wirklich geschehen, der Implorant Moje angehalten werde, sich des streitigen Ueberweges bis zu ausgemachter Sache nicht weiter zu bedienen.

§. 5.

Am wenigsten durfte in der Lage der Sache, wie sie zur Zeit unserer Beurtheilung war, Moje's Antrag auf Schutz im jüngsten Besitze beachtet werden, nachdem vielmehr Kolster und Hauschild durch die drei vorangegangenen Erkenntnisse vorläufigen Schutz gegen die Störungen ihres Gegners erhalten hatten, und diese Erkenntnisse nicht blos wegen ihrer Uebereinstimmung in diesem Punkte [8]), sondern auch deshalb, weil Moje sich bei dem leztern Erkenntnisse beruhigt, in Hinsicht auf denselben als unumstößlich zu betrachten waren.

§. 6.

Was dagegen die Zweifelgründe betrifft, welche sich nach Anleitung der Implorantischen Vorträge und der Entscheidungsgründe des Rostocker Urtheils aufwerfen ließen: so bestanden selbige zunächst darin, daß in jeder Rechtsstreitigkeit zuvörderst vom Richter der Beweissatz müsse aufgestellt und

---

[7]) 16. pr. D. 4, 4. de minor. Mevius, Decis. 1, 139.

[8]) c. un. C. 7, 70. ne liceat in una eademque causa tertio provocare. Clement. 1. de sent. et re jud. 2, 1.

die Führung des Beweises befohlen werden, bevor man wegen mangelnden Beweises die Anträge der streitenden Theile verwerfen dürfe. Allein wenn gleich mit einigen Andern auch Claproth das Erkenntniß auf Bescheinigung der Imploration zulässig erachtet [9]) und dagegen folgewidrig die Einreden sofort bescheinigt wissen will [10]), und obgleich die Brem- und Verdensche Untergerichts-Ordnung [11]), so wie die Zellesche Oberappellationsgerichts-Ordnung [12]), von der Abhörung der Zeugen in Summariissimo handelt, mithin dem Anschein nach den Fall voraussetzt, daß die Bescheinigung nicht sofort beigebracht worden: so ist doch dagegen zu erwägen, daß die angeführten Reichsgesetze, indem sie den gerichtlichen Proceß im Summariissimo bei Seite setzen, die Sache lediglich als eine polizeiliche, und blos vorläufige Maaßregeln erheischende Angelegenheit, der obrigkeitlichen Beurtheilung überlassen, daß folglich in den Fällen des Summariissimi die gewöhnlichen Regeln des gerichtlichen Verfahrens noch weniger in Anwendung zu bringen sind, als in den übrigen Gattungen der summarischen Processe. Diese reichsgesetzlichen Grundsätze sind durch die Hannöverschen Landesrechte keinesweges aufgehoben oder beschränkt worden. Denn daß es auch im Summariissimo Fälle geben kann, die den Richter zu einer Abhörung von Zeugen zu veranlassen vermögen, ist außer Zweifel. Nur darf eine solche Veranlassung nicht in der gemeinen Regel, nach welcher auf Beweis zu erkennen ist, gesucht werden. Im vorliegenden Falle aber waren, der obigen Ausführung (§. 4) zufolge, keine solche Umstände vorhanden, daß der Richter sein Erkenntniß über den jüngsten Besitz erst von einer weitern Beweisführung hätte abhängig machen müssen, vielmehr

---

[9]) Claproth, Summarische Processe §. 49.
[10]) Das. §. 43.
[11]) Tit. VII. §. 14.
[12]) Th. II. Tit. VIII. Sect. 1. §. 8.

durfte sofort eine vorläufige Verfügung eintreten. Selbst in einen Widerspruch waren die Rostockschen Urtheiler gerathen, indem sie den an Moje ergangenen Befehl, sich bis zu ausgemachter Sache des streitigen Ueberweges zu enthalten, deshalb bestätigten, weil er seinen Besitz bisher nicht bescheinigt hatte, dagegen aber noch einen Beweissatz aufstellten. Eben jener Befehl war nämlich die einzige Maaßregel, welche das Summariissimum gestattet, und man würde die Natur des Summariissimi wesentlich verkennen, wenn in diesem, blos vorläufige Maaßregeln bezielenden Verfahren, noch vorläufigere Verfügungen sollten zugelassen werden. Doch auf diesen Punkt werden wir sofort näher eingehen.

§. 7.

Man könnte nämlich nicht ohne den Schein Rechtens behaupten, es hätte bei dem Bescheide des Gräfengerichts bleiben müssen, zufolge dessen dem Imploranten Moje die Erklärung abgefordert wurde, ob er von der Eideszuschiebung, die er sich vorbehalten, annoch Gebrauch machen wolle. Für die Angemessenheit dieses Bescheides spricht der Umstand, daß der Eid als ein schleuniges und darum auch in dem summarischen Verfahren, wo es auf schnellen Beweis ankommt, zulässiges Beweismittel, angesehen wird. Auch geben wir zu, daß das Gräfengericht, statt einen vorläufigen Befehl wider die Ausübung des Weges zu ertheilen, vielleicht mit gleichem Fug zuvörderst eine Erklärung wegen des Eides, unter Festsetzung einer kurzen Frist, hätte einfordern können. Da jedoch in dem, den jüngsten Besitz betreffenden höchst summarischen Verfahren, die Entscheidung lediglich dem richterlichen, an keine festen Rechtssätze gebundenen, vielmehr blos durch die jeweiligen Umstände bedingten Ermessen, anheim gestellt ist: so würde es an einem zureichenden Grunde fehlen, um das Gräfengericht wegen des vorläufigen Verbotes, welches vor Einforderung einer Er-

klärung über den Eid abgegeben wurde, zu tadeln. Um so weniger wäre ein Tadel zu begründen, da es dem Imploranten Moje, indem er sich den Eid blos vorbehalten hatte, zur Last fallen mußte, daß bei ermangelnder Darlegung der Umstände, worüber der Eid sollte angetragen werden, eine weitere Verzögerung sich eröffnete. Diese jedoch zu vermeiden und lieber sofort jenen Befehl zu erlassen, mußte sich das Untergericht, in Betracht der augenblicklich zu befürchtenden weitern Thätlichkeiten, bewogen fühlen. War aber einmal dieser Befehl erlassen: so war damit das Summariissimum geendigt und es konnte nunmehr eine Erklärung über den vorbehaltenen Eid nicht weiter zulässig erscheinen, weil, wie oben bemerkt, die Natur eines so schleunigen und an keine Proceßregeln gebundenen Verfahrens, wie das Summariissimum ist, jede noch vorläufigere Maaßregel als eine misbräuchliche Vervielfältigung der Rechtsmittel ausschließt. Daher hatte mit allem Rechte das hofgerichtliche Denegatorium den vorbehaltenen Eid als überflüssig beseitigt und den Imploranten Moje lediglich zum possessorium ordinarium oder petitorium verwiesen.

16.

Der Tradent verliert den Besitz an den Empfänger nicht anders, als wenn er animo et corpore zugleich aufgehört hat, zu besitzen. Nur von dem tradirten Besitze redet das berüchtigte fr. 153. de regulis juris.

Der Besitz ist das absichtliche Inhaben einer Sache. Erworben wird er also, wenn man die Sache in seine Gewalt bekömmt, und man zugleich die Absicht hegt, die Sache in seiner Gewalt zu haben. Er geht verloren, sobald entweder der Wille aufgehört hat, die Sache zu besitzen, oder sobald dieselbe dem Bereiche unserer Gewalt entzogen ist. Dieses sind ausgemachte Wahrheiten. Nun lehrt aber Paulus im fr. 153. de R. J.:

> Fere quibuscunque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur; cum quibus modis adquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus. Ut igitur nulla possessio adquiri, nisi animo et corpore potest: ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est [1]).

Abgesehen einmal von allen Autoritäten und ohne Rücksicht auf andre Stellen: was könnte man aus den Worten und dem ganzen Zusammenhange herauslesen? Nichts anders als dieses: „Fast auf dieselbe Weise, wie eine Verbindlichkeit entsteht, wird man umgekehrt von derselben befreit;

---

[1]) Einen Auszug dieser Stelle enthält das fr. 8. D. 41, 2. de adqu. vel amitt. poss.: „Quemadmodum nulla possessio adquiri, nisi animo et corpore potest: ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est.“

wie man etwas erworben hat, auf dieselbe Weise kann man es umgekehrt verlieren. Gleichwie daher kein Besitz anders erworben wird, als durch Absicht und körperliches Ergreifen, also geht keiner verloren, wenn nicht beides umgekehrt sich vorfindet." Die Schwierigkeit der Uebersetzung betrifft das agere in contrarium, obwohl der Sinn unverkennbar ist. Man kann den Inhalt jenes Fragments so umschreiben: „Die Entstehungsarten einer Verbindlichkeit werden zu Befreiungsarten, wenn das Gegentheil dessen geschieht, was zur Obligirung nothwendig ist. Desgleichen gehen die Erwerbungsarten in Erlöschungsarten über, wenn das Umgekehrte dessen geschieht, was die Erwerbung begründete. So erfordert z. B. die Erwerbung des Besitzes, die Absicht, die Sache zu haben, und zugleich das Ergreifen. Daher erfordert der Verlust des Besitzes, daß beides anders geworden ist, daß also jene Absicht aufgehört hat und zugleich das Inhaben der Sache." Demnach wäre der Sinn unserer Stelle kein anderer, als daß weder animo allein, noch corpore allein, der Besitz verloren ginge. Ist dieses denn aber niemals richtig, ist also durchaus ein Widerspruch unserer Stelle mit andern vorhanden? Allerdings verliert man in einem Falle den Besitz nur animo et corpore zugleich; ich meine, in dem Falle einer Tradition. Diese erfordert nicht allein eine Handlung, wodurch die Sache aus den Händen des Tradenten in die des Empfängers übergeht, sondern bekanntlich auch die Absicht, tradiren zu wollen [2]). Fehlt es also an einem von Beiden: so kann niemand einen tradirten Besitz erwerben und umgekehrt kann eben so wenig derjenige, von dessen Tradition die Rede ist, den Besitz der Sache als einer tradirten verloren haben. Wer z. B. mit einem Kauflustigen wegen eines Pferdes unterhandelt, einen Preis von 100 Rthlr. in sofortiger Zahlung begehrt und dem Kauflustigen das Pferd zuschickt, damit dieser es beschaue, der hat

---

[2]) 35. 36. D. 41, 1. de adqu. rer. dom. 55. D. 44, 7. de O. et A.

nicht tradirt, wenn der Kaufliebhaber zwar das Pferd behält, aber wider die Absicht des bisherigen Besitzers nicht sofort zahlen oder einen geringern Preis zahlen will. Zwar könnte der Kauflustige sich den Besitz aus eigner Macht aneignen, aber nicht eher einen tradirten Besitz erwerben, bis der zeitherige Besitzer seine Einwilligung ertheilt hätte. Mithin ist es wahr, daß, wenn jemand eine Sache als tradirt anfangen will zu besitzen, auf Seiten des bisherigen Besitzers beides vorausgesetzt werde, das Aufhören der Absicht und das Aufhören des Inhabens. Von dem Falle eines zu tradirenden Besitzes allein ist Paulus in jener Stelle zu verstehen. Da er mit der allgemeinen Betrachtung anfängt, daß dieselbe Art des Geschäftes zu der Erwerbung und der Erlöschung diene, indem die Art der Erwerbung durch ein entgegen gesetztes Handeln in eine Art der Erlöschung übergehe, und da er an diese Betrachtung nur beispielsweise die Art des Erwerbs und des Verlustes des Besitzes anknüpft: so scheint die Absicht unverkennbar, er habe nur von dem gewöhnlichen Falle reden wollen, wie Rechte und Verbindlichkeiten entstehen, nämlich von dem Falle, da zwei Parteien zu diesem Zweck ein Rechtsgeschäft abschliessen. Bei weiten in den meisten Fällen wird der Besitz vermöge einer Tradition ergriffen. Im gemeinen Leben gehört die einseitige Besitzergreifung gewiß zu den Ausnahmen. So dürfte es auch nicht sehr auffallen, wenn Paulus, indem er blos den zu tradirenden Besitz vor Augen hat, sagt, kein Besitz gehe verloren, wenn nicht beides, Absicht und körperliche Herrschaft, aufgehört habe.

Bekannt sind die verschiedenen Versuche, das obige Fragment zu erklären. Bei den Neuern hat vorzugsweise Savigny's Erklärung Eingang gefunden [2]). Allein bei allem Scharfsinn in seiner Erklärung kann ich mich doch nicht überzeugen, daß es der logischen Gedankenfolge gemäß sei, das

---

[2]) Recht des Besitzes §. 30.

utrumque in dem Sinne von alterutrum zu nehmen. Selbst wenn das Fragment von „nisi“ an defekt wäre: so würde man den Schluß nur in dem Sinne, wie ich ihn angegeben, durch Konjektur herauszubringen im Stande seyn. So sehr scheint mir dafür die logische Nothwendigkeit zu sprechen [3]).

17.

Eine Anerkennung von Seiten des Fiskus ist einer fiskalischen Veräußerung nicht gleich zu achten.

Wem der Fiskus eine Sache veräußert, der ist gegen die Ansprüche Dritter sicher gestellt. Dieses ist der bekannte Inhalt einer Verordnung von Zeno [1]), welche Justinian [2]) auf die Veräußerungen des Landesherrn und seiner Gemalinn ausgedehnt hat. Aber beide Verordnungen beschränken sich auf Veräußerungen, wie Verkauf, Schenkung u. d. gl.; sie reden nicht von einer bloßen Anerkennung oder Bestätigung eines rechtlichen Verhältnisses; auch würde eine ausdehnende Erklärung in diesem Sinne gegen den unver-

---

[3]) Von dieser Ansicht geleitet, habe ich in meinem Instit. jur. Rom. §. 413 (2te Aufl. 1822) gesagt: „Quoniam . . . in voluntate utriusque, id est, tam ejus, qui tradit, quam ejus, qui accipit, traditio nititur: idcirco is, de cujus re tradenda agitur, non aliter amittit et transfert possessionem, nisi tam animo quam corpore desierit possidere.“

[1]) c. 2. C. 7, 37. de quadriennii praescriptione.

[2]) c. 3. ib.

 Eine Anerkennung von Seiten des Fiskus ist einer

kennbaren Geist jener Verordnungen und gegen die bekannte Regel laufen, daß Abweichungen von dem gemeinen Rechte nicht auszudehnen sind.

Joachim Mahn in Obersteffenshagen hatte im Jahre 1725 von dem Mecklenburgischen Amte Dobberan einen Haus- und Grundbrief über einen von jenem bebaueten Platz, gegen Leistung gewisser Abgaben und Dienste, erhalten. Späterhin war als Büdener jener Mahnschen Stelle Joachim Hagemeister in den Amtsregistern aufgeführt. Als aber im Jahre 1791 ein Untersuchung über die Büdenerstellen Statt fand, erschien vor dem Amte als Büdener der Zimmermann Sasse, unter Vorzeigung des obigen, an Mahn ertheilten Hausbriefes vom Jahre 1725. Der Zimmermann Sasse hatte nämlich die Witwe des vorigen Büdeners Hagemeister geheirathet. Nun wurde am 16. Mai 1794 dem Zimmermann Sasse von dem Amte Dobberan ein Grundbrief ausgestellt, dessen Eingang so lautet:

„Wann bei der im Jahre 1791 vorgewesenen anderweitigen Regulirung des Dorfes Obersteffenshagen es sich gefunden, daß der Büdener Zimmermann Sasse einen Büdenerkathen im dortigen Dorfe bewohnt ....., über dessen erb- und eigenthümlichen Besitz ihm aber der Grundbrief zu seiner Legitimation mangelt" ꝛc.

Sasse war mit Tode abgegangen und die Tochter von Hagemeister, Sasse'ns Vorweser, hatte sich mit einem Ziegelgesellen Hintze verheirathet, als im Jahre 1820 eine andere Regulirung des Dorfes Obersteffenshagen und eine neue Eintheilung der Hufen verfügt wurde. Hintze erhielt darauf am 11. Juli 1820 von dem Amte Dobberan einen Grundbrief, worin es heißt:

„Nachdem der Büdener Hintze zu Obersteffenshagen, in Folge der am 21. April d. J. daselbst Statt gehabten und von der hohen großherzoglichen Kammer

bestätigten Dorfregulirung und Hufeneintheilung durch das hohe Reskript vom 3. Juli d. J. zu dem Besitz des IIten Büdenerstelle in dem Gehalte von 800 □Ruthen Acker- Gartenland ꝛc. .... bei Aufhebung seiner früher genossenen Weidefreiheit, gelangt ist" u. s. w.

Späterhin entspann sich ein Streit über das Recht auf diese Büdenerstelle zwischen den Kindern und Erben des Zimmermanns Sasse als Klägern, und der Ehefrau des Zieglers Hintze, gebornen Hagemeister, als Beklagten. Jene begehrten von dieser die Herausgabe der Büdenerei, gestützt auf den Grundbrief vom Jahre 1894, mittelst dessen ihrem Erblasser die Büdnerstelle verliehen sei. Bei der Entscheidung dieses Processes kam es zur Frage, ob man die oben angeführten Verordnungen von Zeno und Justinian auf jene Grundbriefe vom Jahre 1794 und 1820 beziehen dürfe. Daß die Grundbriefe von dem Fiskus herrührten, stand zwar nicht zu bezweifeln, da die großherzogliche Kammer, mit deren Genehmigung oder in deren Auftrag das Amt Dobberan die Briefe ausgestellt, unstreitig fiskalische Rechte genießt. Allein die Kieler Fakultät schloß in ihrer im Jahre 1821 abgesprochenen Entscheidung die Anwendbarkeit jener Verordnungen auf den vorliegenden Fall deshalb aus, weil den Grundbriefen keine eigentliche Veräußerung von Seiten der Kammer zum Grunde lag, sondern dieselben lediglich eine Anerkennung eines schon früher bestandenen, durch die neue Regulirung des Dorfes nur etwas geänderten Rechtes, bezweckten.

18.

Oeffentliches Pfandrecht.

Ueber den Geist der c. 11. C. 8, 18. qui potiores in pignore habeantur.

---

§. 1.

Der Text obiger Konstitution lautet wörtlich:

„Scripturas, quae saepe assolent a quibusdam secrete fieri, intervenientibus amicis necne, transigendi, vel paciscendi, seu foenerandi, vel societatis coëundae gratia, seu de aliis quibuscunque causis vel contractibus conficiuntur, quae *ἰδιοχειρα* Graece appellantur: sive tota series earum manu contrahentium, vel notarii, vel alterius cujuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones: sive testibus adhibitis, sive non: licet conditionales sint, quos vulgo tabularios appellant, sive non: quasi publice conscriptas, si personalis actio exerceatur, suum robur habere decernimus. Sin autem jus pignoris vel hypothecae ex hujusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit: eum, qui instrumentis publice confectis nititur, praeponi decernimus, etiam si posterior is contineatur: nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones eisdem idiochiris contineantur. tunc enim quasi publice confecta accipiuntur.“

Diese Verordnung Kaiser Leo's vom Jahre 469 enthält den ersten Keim des Hypothekenwesens, wie dasselbe heut zu Tage in größerer Vollkommenheit fast allenthalben besteht. Sie hat zu unendlichen und schwierigen Rechtsfragen Veranlassung gegeben, sehr natürlich schon deshalb, weil sie in ihrer Verfügung einzig in den Römischen Rechts-

quellen da steht, ohne Erklärung durch spätere Gesetzgebung, und entblößt von aller gelehrten Bearbeitung, wie sie den gesetzlichen Einrichtungen der bessern Zeit durch die Römischen Klassiker zu Theil geworden ist. Eben deshalb räumt sie unseren Versuchen einer Erklärung zwar ein freies Feld ein; aber sie fordert uns auch auf, mit Behutsamkeit zu Werke zu gehen und uns insbesondere davor zu hüten, daß wir nicht unsere Ansichten, aus einer ausgebildeteren Kenntniß des Hypothekenwesens hervorgegangen, dem in Unwissenheit versunkenen Zeitalter Leo's unterschieben.

§. 2.

Viele von den Rechtsfragen, zu welchen jene Verordnung über das Pfandrecht aus öffentlichen Urkunden Veranlassung giebt, hängen in ihrer Entscheidung von dem Geiste ab, den man in die Verordnung überträgt. Das Pfandrecht aus einer öffentlichen Urkunde soll, wider die Regel, den Vorzug vor einem auf Privat-Handschrift beruhenden selbst dann behaupten, wenn dieses älter wäre. Warum ist das also geordnet? Gemeinhin glaubt man deshalb, weil die Zeit der Bestellung des Pfandrechtes gewiß ist, sobald eine öffentliche Urkunde darüber Auskunft giebt; zweifelhaft hingegen, wenn blos eine Privathandschrift vorliegt, da sogar unter der Voraussetzung, daß der Aussteller mit der Handschrift das Datum anerkennt, der Verdacht übrig bleibt, ob nicht der Schuldner mit dem Gläubiger zur Uebervortheilung anderer Gläubiger gehandelt und zurück datirt habe.

Es giebt aber auch Rechtsgelehrte, welche den Vorzug der öffentlichen vor den privaten Hypotheken darin finden wollen, weil Privaturkunden nicht gegen einen Dritten beweisen. Dieser Meinung ist Gesterding, der neueste Schriftsteller über das Pfandrecht [1]), welcher in Leo's Verordnung kein abweichendes Recht anzutreffen glaubt, sondern nur eine

---

[1]) Gesterding, v. Pfandrechte S. 249.

Anwendung allgemeiner Regeln vom Beweise auf einen besondern Fall. Allein eine solche Ansicht verträgt sich nicht mit der Anordnung, daß eine Privaturkunde nur dann, wenn sie von drei glaubwürdigen Männern als Zeugen unterschrieben ist, einer öffentlichen Urkunde in Hinsicht auf ein bestelltes Pfandrecht soll gleich geachtet werden. Denn entschieden blos die gemeinen Grundsätze vom Beweise: so müßten zwei unverwerfliche Zeugen hinreichen, um das vor ihnen bestellte Pfandrecht völlig zu beweisen und wider eine Zurücksetzung gegen spätere, obwohl in öffentlichen Urkunden angeordnete Hypotheken, zu sichern. Und es bedürfte alsdann eben so wenig einer Handschrift, weil der Beweis durch zwei tadellose Zeugen vollkommen geführt wird; noch weniger wäre die Unterschrift der Zeugen vonnöthen. Die Leonische Verordnung hingegen, um dem in einer öffentlichen Urkunde bestellten Pfandrechte den Vorzug vor einer älteren Hypothek zu versagen, erachtet keinesweges die Wissenschaft zweier unbescholtener Zeugen für hinlänglich, nicht einmal dreier redlichen Zeugen, sie verwirft sogar die Handschrift in Verbindung mit drei anwesenden unbescholtenen, aber nicht zur Unterschrift zugezogenen Zeugen; ja, sie sieht eine private Urkunde, die von drei Zeugen unterschrieben ist, als unzureichend an, wenn unter den drei Zeugen sich ein Frauenzimmer befindet. Vielmehr begehrt sie, verbunden, das Daseyn einer Handschrift und die Unterschrift dreier tadellosen Männer als Zeugen. Liegt hierin weiter nichts, als eine Anwendung der gewöhnlichen Grundsätze vom Beweise? [2])

§. 3.

Indessen ist auch die gewöhnliche Meinung, daß in der Gewißheit des Datums der Vorzug öffentlich bestellter Hypotheken seinen Grund habe, nicht unbedenklich zu un-

---

[2]) Gesterding hat seine Ansicht später geändert in seinen Nachforschungen über versch. Rechtsmaterien II. S. 443.

terschreiben. Sollte diese Meinung unbezweifelt erscheinen: so müßte Leo nicht die Wissenschaft der bei Errichtung einer Privaturkunde anwesenden Bekannten oder Freunde, noch weniger das Zeugniß des Notars oder Schreibers und der eigentlichen Zeugen, am wenigsten das Zeugniß derjenigen verworfen haben, die als Conditionales oder Tabularii von besonderm Gewichte waren. Aber auf alle diese Umstände soll nichts ankommen, obgleich es einleuchtet, daß sie zur Erforschung des wahren Datums wohl geeignet sind. Einzig und allein soll die Unterschrift von wenigstens drei makellosen männlichen Zeugen eine Privaturkunde in das Verhältniß einer öffentlichen versetzen.

§. 4.

Richtiger scheint es mir, den Grund jener berühmten Verordnung in dem Vorzuge der Oeffentlichkeit vor der Heimlichkeit zu suchen. Kaiser Leo geht von der Betrachtung aus, daß man häufig auf eine heimliche Weise (secrete) Urkunden ausstelle, bald mit bald ohne Zuziehung von Bekannten oder Freunden. Solche Urkunden sollen eben so viel gelten, als wären sie öffentlich errichtet, wenn von einem Streite unter den Kontrahenten die Rede ist, mögen sie nun von den Kontrahenten eigenhändig geschrieben, oder, von einem Notar geschrieben, von ihnen blos unterzeichnet seyn, und mag man Zeugen zugezogen haben, oder nicht. Leitet aber jemand ein Pfandrecht aus einer solchen Urkunde ab: so soll er demjenigen, der eine öffentliche Urkunde für sich hat, selbst dann weichen, wenn dieser ein jüngerer Gläubiger wäre. Ohne nun irgend einen erzwungenen Sinn in die Verordnung zu legen, läßt sich behaupten, dieselbe beruhe auf der Ansicht, daß es billig sei, demjenigen Gläubiger den Vorzug zu geben, der offen gehandelt, der also nicht die Formen gescheuet hat, in welche eine öffentliche Urkunde gekleidet wird. Wie hätte er sich auch gegen heimliche Hypotheken verwahren können, wenn er darum nicht gewußt?

Umgekehrt, wer geheim handelt, darf zwar erwarten, daß sein Kontrahent den heimlich errichteten Vertrag erfülle; allein es liegt gar keine Härte darin, wenn dem heimlichen Vertrage im Streite mit dritten Personen etwas von seinen Wirkungen entzogen, wenn also der öffentlich bestellten Hypothek jedenfalls der Vorzug vor der heimlich verabredeten eingeräumt wird. Enthält die Verpfändung eine bedingte Veräußerung des Eigenthums: so darf man sich nicht wundern, wenn Leo etwas dem Aehnliches einführte, was früherhin bei der Veräußerung des Eigenthums nothwendig war, ich meine, eine Art von Oeffentlichkeit, welche man in der gerichtlichen Verlassung (in jure cessio) antraf, so wie in der Mancipation, als welche durch die Zuziehung von fünf Zeugen, außer dem Wagehalter, ebenfalls die Heimlichkeit ausschloß.

§. 5.

Uebrigens mag ich nicht in Abrede stellen, daß Leo den Grundsatz von dem Vorzuge der Oeffentlichkeit nicht scharf durchgeführt hat, indem er solche Urkunden, die mit der Unterschrift dreier unbescholtenen Männer versehen sind, den öffentlichen gleich schätzt. Doch würde man zu weit gehen, wenn man meinte, Leo habe eben durch diese Gleichstellung den Grundsatz der Oeffentlichkeit völlig wieder in Schatten gestellt. Nach des Kaisers Ansicht sind dergleichen Urkunden, die das durch Unterschrift bekräftigte Zeugniß dreier zuverlässiger Männer für sich haben, als öffentlich errichtete Urkunden zu betrachten. Sie unterscheiden sich von den gewöhnlichen heimlichen Handschriften (von den *ἰδιοχειρα* der Griechen) in vielen Punkten. Diese bleiben heimliche Urkunden, wenn schon Freunde zugezogen sind (intervenientibus amicis); sie bleiben heimlich, auch wenn ein Notar sie verfaßt hat; selbst nach Zuziehung von Zeugen (testibus adhibitis) gehen sie noch nicht in öffentliche Urkunden über. Offenbar herrscht die Vorstellung, daß man ins Geheim einen

schriftlichen Vertrag errichten könne, auch wenn man Vertraute, selbst in der Eigenschaft von Zeugen, zuziehe; und daß es ferner Personen gebe, die als Zeugen sich gebrauchen lassen, ohne es mit dem Zeugnisse strenge zu nehmen. Wenn aber drei durchaus unverläumdete Zeugen zugezogen sind und eben durch ihre Unterschrift nicht blos das Rechtsgeschäft Glaubwürdigkeit erlangt, sondern auch die darüber abgefaßte Urkunde in Betreff der Aechtheit völlige Beweiskraft erhalten hat: so soll die Urkunde sich als eine öffentlich errichtete verhalten (quasi publice confectum), vielleicht um deswillen, weil Leo meinte, das Mitwissen dreier geachteter unbescholtener Männer begründe Oeffentlichkeit, vielleicht aber auch deshalb, weil er wegen mangelnden Verdachtes einer hinterlistigen Handlung den Grundsatz der Oeffentlichkeit ausnahmsweise verlassen zu müssen glaubte.

§. 6.

Geht man von der hier als richtig dargestellten Ansicht ab: so läßt sich die Weise, in welcher man bisher die Leonische Verordnung erklärt hat, keinesweges als Folgerecht vertheidigen. Sollte nämlich der Grund dieser Verordnung in der Gewißheit des Datums bestehen: so hätte man den Vorzug des öffentlichen Pfandes vor dem privaten auf den Fall beschränken müssen, wo die Privathypothek ohne ein gewisses Datum geblieben ist. Eine Privaturkunde erhält ein gewisses Datum theils durch den Tod des Ausstellers, weil dann so viel gewiß ist, daß sie wenigstens am Todestage bereits ihren Ursprung erhalten hat, theils durch die Erwähnung derselben in einer öffentlichen Urkunde z. B. bei Gelegenheit eines Processes in einem gerichtlichen Protokolle, bei Aufnahme eines gerichtlichen Inventars, durch Ueberreichung an eine öffentliche Behörde ꝛc. [3]). Aber es hat sich bis jezt noch nicht die Meinung ausgebildet, daß

*) Vgl. Code Napol. Art. 1328.

mit Gewinnung eines gewissen Datums die Privaturkunde, welche eine Verpfändung enthält, eine der öffentlichen gleich zu achtende Hypothek gewähre. Es kann indessen eine solche Meinung nicht aufkommen, wenn man nicht sowohl in dem sichern Datum, als in der gleich anfangs beobachteten Oeffentlichkeit, den Grund der Leonischen Verordnung sucht.

19.

Wie wird ein öffentliches Pfandrecht bestellt?

Die eben nach ihrem Geiste erläuterte c. 11. C. 8, 18. qui potiores in pignore erfordert öffentlich errichtete Urkunden, damit eine neuere Hypothek vor einer ältern, die heimlich bestellt worden, den Vorzug erhalte. Die Verordnung schließt keine Art öffentlicher Urkunden aus; daher jede Urkunde genügt, die bei uns für eine öffentliche gilt. Daß dabei jedoch die Zuständigkeit des Beamten, von welchem die Urkunde aufgenommen ist, in Betracht komme, darf man nicht in Zweifel ziehen, da nur die Behörde, d. h. dasjenige Amt, welchem das Recht der Beglaubigung mit Rücksicht auf das vorliegende Geschäft zusteht, einer Urkunde öffentlichen Glauben zu ertheilen vermag. So könnte ein Prediger nicht sub fide pastorali eine Verpfändung zu dem Zwecke bezeugen, um dieselbe zu einer öffentlichen zu erheben; denn die Errichtung von Verpfändungsurkunden gehört nicht zum amtlichen Wirkungskreise des Pfarrers. Erscheint jedoch die Verpfändung nur als Nebengeschäft derjenigen Handlung, in Ansehung welcher der Beamte die Beglaubigung zu ertheilen befugt war: so darf man kein Bedenken tragen, die über das Hauptgeschäft ausgestellte

Urkunde auch in Betreff der Verpfändung für eine öffentliche gelten zu lassen, weil das Nebengeschäft das rechtliche Verhältniß des Hauptgeschäftes theilt. Schon deshalb wäre die Meinung der Kieler Fakultät richtig, welche im Jahre 1820 (in einem Mecklenburgischen Processe Klockmann w. Hartmann und Faul) annahm, daß die von dem Manne zur Sicherheit des herauszugebenden Brautschatzes in einem Ehescheidungsvertrage bestellte Hypothek für eine öffentliche zu achten sei, weil der Landesherr durch ein Reskript nicht allein die Ehe geschieden, sondern nebenbei den über die Ehescheidung entworfenen Vertrag genehmigt hatte.

Hiernach beschränkt sich die Beglaubigung öffentlicher Hypotheken nicht auf die Behörden, welche mit der Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit versehen sind; obwohl solche Behörden, und neben ihnen die Notarien mit Zeugen, hauptsächlich den Beruf haben, den Pfandverschreibungen, wie andern Rechtsgeschäften, öffentlichen Glauben zu verleihen. Am wenigsten wird, wie meistens bei den gerichtlichen Hypotheken Deutschen Ursprungs, bei der öffentlichen Hypothek des Römischen Rechts auf eine Bestätigung von Seiten des Gerichts, in dessen Sprengel die verpfändete Sache belegen ist, oder auf eine Eintragung (Intabulirung, Protokollirung, Inskription, Ingrossirung in Hypothekenbücher) Rücksicht genommen. So wie überhaupt zwischen der Römischen öffentlichen und der Deutschen gerichtlichen Hypothek ein vielfacher, obwohl öfters verkannter, Unterschied besteht, so weichen beide Arten auch darin ab, daß zu ihrer Bestellung die Deutsche gerichtliche mehr erfordert, als die Römische öffentliche. Da aber jene stets eine öffentliche ist, indem sie immer eine obrigkeitliche Beglaubigung in sich faßt: so giebt es manche Fälle, in denen eine Hypothek als eine öffentliche im Sinne des Römischen Rechtes bei Kräften bleibt, wenn sie gleich als Deutsche gerichtliche ohne Wirkung ist. Namentlich bleibt es eine öffentliche Römische, wenn nach Landrechten nicht im Gerichtsbezirk des Schuld-

ners, sondern im Gerichte der belegenen Sache, die Hypothek wäre einzutragen gewesen; oder wenn, wo der Grundsatz der Specialität herrscht, die Hypothek zwar speciell auf ein gewisses Gut eingetragen, aber daneben ein allgemeines Pfandrecht ertheilt worden. In solchen und ähnlichen Fällen wird zum Bestande einer Römischen öffentlichen Hypothek nichts weiter erfordert, als das Daseyn einer öffentlichen Urkunde.

20.

Ueber die Mitwirkung des Schuldners zu der Bestellung eines öffentlichen Pfandrechtes.

---

§. 1.

Eine vertragsmäßige Verpfändung erfordert die Einwilligung Beider, des Pfandschuldners und des Pfandgläubigers. Aber es entsteht die Frage, ob, wenn der Schuldner heimlich oder in einer Privaturkunde ein Pfand bestellt hat, der Gläubiger dasselbe einseitig bei einer Behörde anmelden und darüber eine öffentliche Urkunde aufnehmen lassen dürfe, damit er den Vorzug eines öffentlichen Pfandrechtes genieſſe? Ohne Frage würde durch eine solche einseitige Anmeldung des Gläubigers ein gewisses Datum von dem Zeitpunkte der Anmeldung an hergestellt. Der Mangel einer Beglaubigung des Umstandes, daß der Schuldner vorher heimlich das Pfand bestellt habe, liesse sich durch nachherige Beweisführung ausgleichen. Das eigentliche Datum der Bestellung käme dann nicht in Betracht, sondern nur das Datum der einseitigen Anmeldung des Gläubigers und der darüber verfaßten öffentlichen Urkunde. Aber abgesehen

selbst davon, daß in der Gewißheit des Datums nicht der Grund der Leonischen Verordnung, 11. C. 8, 18. qui potiores in pignore, zu suchen ist: so muß hier eine andere Betrachtung jedenfalls den Ausschlag geben. Der Gläubiger kann nicht bessere Rechte aus einem Vertrage in Anspruch nehmen, als ihm der Schuldner einzuräumen Willens gewesen ist. Wenn nun der Schuldner blos in einer Privaturkunde oder mündlich eine Hypothek bestellt: so ist daraus noch nicht die Absicht zu folgern, er würde damit zufrieden seyn, wenn der Gläubiger sich das Vorrecht einer öffentlichen Hypothek zu erwerben gedächte. Sehr wohl könnte jemand sich entschliessen, seinen ältern Hypotheken noch eine neue hinzuzufügen, ohne Willens zu seyn, dem neuern Pfandgläubiger ein Vorrecht vor den ältern zu gestatten. Also muß die Einwilligung oder Mitwirkung des Schuldners hinzukommen, wenn eine vertragsmäßige heimliche Hypothek in eine vertragsmäßige öffentliche soll verwandelt werden. [1])

§. 2.

Von ganz anderer Natur ist aber die Frage, ob der Schuldner, wenn er in einer öffentlichen Urkunde eine Pfand bestellt, die Erklärung abgeben müsse, daß er dasselbe als ein öffentliches bestellt haben wolle? und ob, in Ermangelung einer solchen Erklärung, die Hypothek nicht die Wirkung einer öffentlichen erlange? Wenn nach Landrechten obrigkeitliche Bestätigung oder Eintragung in Hypothekenbücher ein besonderes Vorrecht gewährt: so ist es begreiflich nothwendig, daß bei der gerichtlichen Anmeldung einer Hypothek, bei der Aufnahme einer gerichtlichen Urkunde über einen Pfandvertrag, der Schuldner um die Konfirmation oder Eintragung müsse gebeten haben, weil man sonst nicht zu wissen vermögte, ob der Schuldner nur im Sinne des Römischen Rechtes oder nach Maaßgabe des daneben geltenden

---

[1]) Hagemann, prakt. Erörterungen II. 43.

Landrechtes eine Verpfändung habe vornehmen wollen. Wenn dagegen nach dem rechtlichen Daseyn nicht einer solchen Deutschen gerichtlichen Hypothek, sondern lediglich einer öffentlichen Hypothek, wie sie das Römische Recht kennt gefragt wird: so kann man weiter nichts zu ihrer Begründung erheischen, als die Verpfändung vor einer Behörde und eine darüber aufgenommene öffentliche Urkunde. Die Hypothek genießt den Vorzug vor ältern Privathypotheken sobald die Verpfändung auf einer öffentlichen Urkunde beruht; die Urkunde aber wird eine öffentliche, wenn der Schuldner die Verpfändung vor einem öffentlichen Beamten vornimmt und darüber eine Urkunde ausfertigen läßt. Eine besondere Erklärung darüber, daß der Schuldner dem Pfande die Natur eines öffentlichen beilegen wolle, ist weder gesetzlich vorgeschrieben, noch nach dem Geiste des Gesetzes zu erfordern. Umgekehrt befände sich jemand, der in die Errichtung einer öffentlichen Urkunde über ein Rechtsgeschäft einwilligt, außer Stande, durch eine widersprechende Erklärung die in öffentlicher Form aufgenommene Urkunde in eine Privaturkunde zu verwandeln; eine solche Erklärung würde sich als ein leeres Wort gegen eine wirkliche Thatsache verhalten.

§. 3.

Gleichwohl haben einige Rechtsgelehrte das Gegentheil angenommen [2]), vielleicht wegen Verwechslung der öffentlichen Hypothek des Römischen Rechtes mit der gerichtlichen der Deutschen Landrechte. Scheinbar spricht für das Erforderniß, daß der Schuldner ein öffentliches Pfandrecht bestellen zu wollen erkläre, die an sich wichtige Betrachtung, daß man bei der Bestellung einer Hypothek in einer öffentlichen Urkunde nicht gerade die Absicht hege, frühern hypothekarischen Gläubigern ihre Rechte beschränken zu wollen,

---

2) Pufendorf, Observ. I. 197. II. 160. Hagemann, prakt. Erörterungen II. 43.

daß man dieses vielleicht, ohne den guten Glauben zu verletzen, nicht einmal thuen dürfe. Doch diese Betrachtung ist nicht entscheidend. Will wirklich der Schuldner bei einer Verpfändung in einer öffentlichen Urkunde seinen frühern Privatpfandgläubigern ihre Rechte unverkürzt erhalten: so darf er dieses nur bei der öffentlichen Verpfändung zur Bedingung machen. Die vertragsmäßige Verpfändung, mag sie öffentlich geschehen oder nicht, leidet Bedingungen wie andre Rechtsgeschäfte, ohne Zweifel auch die, daß der Gläubiger mit der öffentlichen Hypothek keinen Vorzug vor den frühern Gläubiger mit einer Privathypothek geniessen solle. Nimmt der Gläubigern unter dieser Bedingung das Pfandrecht an: so hat er eben dadurch sich eines Vorzuges begeben, der sonst in Ermangelung einer vertragsmäßigen Beschränkung ihm gebührt hätte.

In diesem Punkte ist, wie ich meine, kein Unterschied zwischen der Verpfändung in einer öffentlichen Urkunde und der in einer Urkunde mit der Unterschrift dreier Zeugen, obwohl Hagemann [3]) in Uebereinstimmung mit dem Zelleschen Oberappellationsgerichte einen Unterschied annimmt, indem er in einem instrumentum quasi publicum nicht die Erklärung, daß das Pfandrecht ein öffentliches seyn solle, erfordert, sie dagegen in einem instrumentum publicum für nothwendig hält.

---

[3]) Prakt. Erörterungen VI. 71.

21.

Das Pfandrecht wegen eines Darlehns beginnt erst mit dem Tage der Auszahlung.

§. 1.

Keine Pfandrecht besteht vor perfekt gewordener Verbindlichkeit. Ist das Rechtsgeschäft unter einer Bedingung eingegangen, deren Erfüllung von dem Willen des Schuldners abhängt: so datirt das Pfandrecht gleichfalls erst von dem Tage der erfüllten Bedingung. Dieses ist ein bekannter Grundsatz des Römischen Rechts [1]). Weil es nun bei dem Anleiher steht, ob er durch Verweigerung der Annahme des Geldes das verabredete Darlehn rückgängig machen will: so tritt das für ein Darlehn bestellte Pfandrecht allererst mit der Auszahlung in Kraft, und so kann es sich ereignen, daß, wenn in der Zwischenzeit von der Verabredung des Darlehns bis zur Auszahlung einem dritten Gläubiger ein Pfandrecht erworben ist, dieser Dritte vor dem Darleiher den Vorzug genießt, obgleich der Darleiher eine frühere Verabredung über das Pfand für sich hat [2]).

Pufendorf hat die mit Beifall aufgenommene Meinung aufgestellt, daß heutiges Tages die zur Sicherung eines Darlehns versprochene Hypothek nicht erst von der Auszahlung, vielmehr schon von der Verabredung anfange, weil bei uns das bloße pactum de mutuo dando klagbar sei, nämlich so, daß dadurch nicht blos der Schuldner verbindlich werde, das Darlehn anzunehmen, sondern auch der Darleiher, selbiges auszuzahlen. Auf diesen leztern Umstand

---

1) 9. §. 1. D. 20, 4. Qui potiores in pig. (Africanus).
2) 4. D. 20, 3. Quae res pignori oblig. poss. 1. §. 1. fr. 11 pr. D. 20, 4. Qui pot. in pig.

vorzüglich legt Pufendorf Gewicht. Er sieht es nämlich für widerrechtlich an, wenn der Anleiher den Darleiher auf Auszahlung belangen könnte, und es gleichwohl bei ihm stände, das verabredete Pfandrecht zu gefährden, dadurch nämlich, daß er etwa in der Zwischenzeit von der Verabredung bis zur Auszahlung einem Dritten eine Hypothek bestellt [3]).

Niemals habe ich mich von der Richtigkeit dieser Meinung überzeugen können. Um Pufendorf'en beizutreten, müßte man es für ausgemacht halten, daß der Grund der Römischen Juristen, warum sie die Hypothek wegen eines Darlehns erst mit der Auszahlung beginnen lassen, in der Natur des Mutui als eines s. g. Real-Kontrakts zu suchen sei. Allein von einem solchen Grunde findet sich in den oben angeführten Stellen keine Spur. Vielmehr, dünkt mich, liegt der Grund in der Natur eines Darlehns selbst, ohne alle Rücksicht auf die Form, in welcher dieser Vertrag perfekt wird. Vor der Auszahlung bleibt eine Verbindlichkeit des Anleihers in der Hauptsache undenkbar, und die Annahme des Geldes kann er eben darum verweigern, weil gemeinhin dem Gläubiger nichts daran liegt, ob der Anleiher das Geld annehmen will, oder nicht. Ist das Darlehn ohne Zinsen verabredet: so wird der Gläubiger durch die Weigerung der Annahme des Geldes nicht beeinträchtigt; ist es ein verzinsliches Darlehn und zwar auf Kündigung: so könnte er allerdings die entbehrten Zinsen fordern. Doch selbst in diesem Falle würde der Anspruch nicht bedeutend seyn, weil die Kündigungsfrist die Zeit eines Jahres nicht zu überschreiten, meistens sogar eine viel kürzere zu seyn pflegt, der Anspruch wegen entbehrter Zinsen auch nur dann begründet seyn kann, wenn es an Gelegenheit zu einer andern sichern Belegung des Kapitals mangelt, und das wird unter gewöhnlichen Umständen nicht der Fall seyn. Wäre ohne Kündigungsfrist ein verzinsliches Darlehn ver-

---

[3]) Pufendorf, Observ. 2, 168.

abredet: so würde der Gläubiger keinen gerechten Grund zu Beschwerde haben, wenn der Schuldner gleich nach dem Empfange das Geld zurückgäbe, folglich eben so wenig, wenn er die Annahme verweigerte. Daß indessen wegen einer bloßen Nebensache, wie die Zinsen, einer Nebensache, die bei dem Darlehn blos eine zufällige ist, das Pfandrecht nicht wirksam werde, so lange wegen der Hauptsache, des Kapitals, keine Verbindlichkeit des Schuldners, mithin auch keine Nothwendigkeit einer Sicherung des Gläubigers, besteht, ist leicht zu begreifen.

Pufendorf, und die ihm beitreten, haben eine Stelle übersehen, welche die von ihnen vertheidigte Meinung hinfällig macht. „Qui pecuniam creditam accepturus, spospondit creditori futuro, in potestate habet, ne accipiendo se ei obstringat“ [4]). Hier war nicht ein pactum, sondern eine Stipulation wegen des Darlehns eingetreten, und gleichwohl wird entschieden, daß es in des Schuldners Willkür stehe, ob er sich durch die Annahme verbinden wolle, oder nicht, folglich, ob er seine sponsio hinfällig machen wolle, oder nicht. Deutlich geht aus dieser Stelle hervor, daß die Weigerung der Annahme eines verabredeten Darlehns, und die darin begründete Aufhebung der Verbindlichkeit, nicht von der Form des Vertrages abhängt, daß vielmehr selbst die vollkommenste, klagbarste Form des Vertrages, die Stipulation des Gläubigers und die ihr entsprechende Sponsion des Schuldners, den Schuldner nur dann verbindlich macht, wenn er das Geld angenommen hat. Wobei beiläufig bemerkt seyn mag, daß es eine unrichtige Vorstellung ist, als wenn das Darlehn bei den Römern gerade durch ein pactum verabredet und dann diese Verabredung durch die Auszahlung nur in einen s g. contractus realis übergegangen wäre. Gewiß in vielen, wo nicht in den meisten Fällen, mogte das Darlehn durch Stipulation oder durch

---

4) 30. D. 12, 1. de reb. cred. (Paulus ad Plautium).

den ſ. g. Literal-Kontrakt zu Stande kommen, obwohl dasſelbe, was die Verbindlichkeit des Schuldners betrifft, erſt durch die Annahme der verſprochenen Sache ſeine Perfektion erreichte. Hier ſei es genug, anzuführen, daß das erſte Beiſpiel, welches Gajus bei Erörterung der Exceptionen giebt, von einer Stipulation über ein Darlehn hergenommen wird [5]), und daß die Römiſchen Juriſten es ausdrücklich hervorheben, daß re et verbis zugleich eine Obligirung geſchehen könne [6]).

Uebrigens trete ich Schweppe'n bei, wenn er behauptet, jedenfalls habe der Gläubiger das Recht, andere Sicherheit zu verlangen, wenn in der Zwiſchenzeit die Sache vom Schuldner anderweit verpfändet ſeyn ſollte [7]).

22.

Ein Deutſcher Erbvertrag wird durch Uebergehung eines Notherben nicht ungültig.

Einige Rechtslehrer halten dafür, daß ein Erbvertrag müſſe reſcindirt werden, wenn ein Notherbe darin übergangen ſei. Der angeſehenſte Vertheidiger dieſer Meinung

---

5) Gajus, Inst. Comment. 4, 116. „velut si stipulatus sim a te pecuniam tamquam credendi causa numeraturus etc.“ Wiederholt §. 2. I. 4, 13. de except.

6) 9. §. 3. D. 12, 1. de reb. cred. 52. §. 3. D. 44, 7. de O. & A.

7) Röm. Privatrecht II. §. 345. (4te Ausg.)

ist Pufendorf [1]). Dagegen haben Runde [2]), Eichhorn [3]), Mittermaier [4]), u. A. die Meinung angenommen, daß die Uebergehung des Notherben in einem Erbvertrage nur zu der Klage auf Ergänzung des Pflichttheils berechtige. Diese Meinung hat die Kieler Fakultät im Jahre 1828 in einem Lauenburgischen Rechtsfalle für die richtigere gehalten. Sie verdient darum den Vorzug, weil sie den Grundsätzen von analogischer Anwendung des Rechtes gemäß ist. Testamente und Verträge sind so verschiedener Natur, daß es nicht erlaubt seyn kann, die Vorschriften, welche von der Form des einen Rechtsgeschäftes gelten, auf das andere auszudehnen. Verträge und Testamente aber sind der Form nach schon im Römischen Rechte scharf geschieden. Erbverträge zumal sind eine Deutsche Einrichtung; um soweniger erheischen sie die Anwendung einer Form, die selbst das Römische Recht nur auf seine Testamente beschränkt, die dasselbe nicht einmal auf ein ähnliches Rechtsgeschäft, die Kodicille, ausgedehnt, geschweige denn auf Verträge anzuwenden geboten hat.

---

1) Observat. 3, 23. Vgl. J. H. Mayer, Diss. An et quatenus principia juris Romani de successione necessaria etiam ad pacta successoria applicari possint? Gott. 1805.

2) Von der Leibzucht Th. II. §. 67.

3) Deutsch. Pr. Recht §. 341.

4) Gem. Deutsch. Pr. R. §. 403. Vgl. auch die das. angeführten Schriftsteller z. B. Reinhard, Paetz, Linden. A.

23.

Nach dem Jütschen Low haftet die Frau für die Schulden des Mannes nur mit ihrem zur Gütergemeinschaft gehörigen Vermögen.

Das im Herzogthume Schleswig geltende Jütsche Low läßt unter Ehegatten eine Gütergemeinschaft eintreten, wovon jedoch eines Theils die Grundstücke, wenn sie nicht etwa während der Ehe durch Kauf (oder einen andern onerosen Titel) erworben werden, andern Theils diejenigen Erbschaften ausgeschlossen sind, welche der eine Ehegatte allein in stehender Ehe erworben hat [1]). Ist aber dem andern Ehegatten gleichfalls eine Erbschaft zugefallen: so gewinnt die eine die andere, d. h. die beiderseitigen Erbschaften kommen zur Gütergemeinschaft [2]). Daß nun die Frau für die von dem Manne gemachten Schulden mit demjenigen Vermögen hafte, welches in die Gütergemeinschaft gebracht ist, versteht sich von selbst. Dagegen ist darüber gestritten, ob, im Falle der Unzulänglichkeit der gemeinschaftlichen Güter und des besondern Vermögens des Mannes, die Ehefrau verbunden sei, auch mit ihrem Sondergute für die Schulden des Mannes zu haften? Diese Frage ist von Blüting, dessen Gloße des Jütschen Lows noch größeres Ansehen hat, als Mevius Kommentar

---

1) Vgl. Blütiug, Gloße des Low- oder Rechts-Buchs 1, 6.

2) Jütsches Low 1, 17. §. 1. Ein Erve windt dat ander in aller Deele, so ferne dat eine Erve dem andern Erve entjegen kümpt. Idt sy lüttick edder veele, up beiden syden. §. 2. Kümpt överst nicht Erve jegen Erve, so geböret einem jderen syn Erve vöruth, so vele he inbrachte, unde bewehret (beweiset) dat mit sinem Kiöns-Eede, so verne dat idt in de Gemenschop nicht gelecht is.

 Nach dem Jütschen Low haftet die Frau für die

des Lübschen Rechts, auffallender Weise unentschieden gelassen [3]).

Indessen hat das Schleswigsche Obergericht, und gewiß aus überwiegenden, obschon unbekannten Gründen, in der neuern Zeit öfters den Grundsatz anerkannt, daß die Ehefrau lediglich mit demjenigen Vermögen, welches in die Gütergemeinschaft gefallen, für die Schulden des Mannes zu haften verbunden sei. Dafür sprechen folgende Urtheile: 1) vom 24. Aug. 1813 in Konkurssachen Frenz Vogt's in Breckendorf, wodurch das Prioritätsurtheil des Konkursgerichtes der Hüttener Harde bestätigt und die Ehefrau des Gemeinschuldners mit einer von ihr in die Ehe gebrachten halben Hufe jure separationis kollocirt wurde. 2) vom 18. Dec. 1815 in Konkurssachen Terkel Tygesen's in Bunderbye, Amts Tondern. Reformatorisch erkennend, wurde des Gemeinschuldners Ehefrau von den Ansprüchen der Gläubiger ihres Mannes freigesprochen, jedoch unter Vorbehalt des Beweises eines in der Tonderschen Harde geltenden, entgegen stehenden Gewohnheitsrechtes. Dieser Beweis wurde, beiläufig bemerkt, durch das Erkenntniß vom 25. Sept. 1817 für nicht geführt erklärt. 3) vom 2. Decbr. 1819 i. S. der Lafrenzschen Erbschaftsmasse w. Klaus Albert's Ehefrau zu Schlagsdorf auf der Insel Fehmarn. Dieser Fall hatte indessen das Besondere, daß der Ehefrau erst nach beendigtem Konkurse ihres Mannes eine Erbschaft angefallen war. Die Miterben verweigerten die Auskehrung

---

[3]) Blüting, 1, 26. (S. 106) sagt zwar, die Exekution gehe bei Lebzeiten der Eheleute 1) in die Baarschaften, 2) die beweglichen Güter, 3) das gekaufte Land und endlich „ihrer beyder Erb-Land." Aber wie versteht er die leztern Worte? Beschränkt er sie auf den Fall, da beide Ehegatten Grundstücke geerbt haben? oder macht er keinen Unterschied, ob der eine Gatte geerbt oder beide? Versteht er unter Erbland auch die bei Eingehung der Ehe schon vorhandenen Grundstücke, die nicht gemeinschaftlich werden?

des Erbtheils der Albertschen Ehefrau besonders deshalb, weil deren Ehemann der Masse schuldig gewesen, und die Frau verbunden sei, die Schulden ihres Mannes zu bezahlen. Darauf erkannte das Westerkirchspiels-Gericht der Landschaft Fehmarn am 26. Febr. 1819: „daß bei der auf Fehmarn geltenden partikulären Gütergemeinschaft unter Eheleuten [4]), und da Klägerinn den ihr aus der Lafrenzschen Masse zugefallenen Erbantheil noch nicht vor dem Konkurse ihres Ehemannes in die Ehe gebracht hat, sie auch damit für die vor Ausbruch dieses Konkurses von ihm gemachten und noch unbezahlten Schulden zu haften nicht rechtlich verbunden, ihr daher der ihr nach der Theilung zukommende Erbantheil binnen vier Wochen gehörig anzuweisen oder auszuzahlen sei." Dieses Urtheil wurde durch das Macht der Geschwornen Gerichts unterm 7. Juni 1819, und auf weitere Appellation durch das Schleswigsche Obergericht am 2. Dec. 1819 bestätigt. Endlich 4) am 23. Nov. 1820 i. S. der Frau von Kobbe w. den Kobbeschen Kontradiktor, ingleichen die königl. General-Zollkammer und Kommerz-Kollegium. Dieser Proceß betraf eine väterliche Verlassenschaft, welche der Ehefrau in stehender Ehe angefallen war und welche sie aus dem Konkurse ihres verstorbenen Mannes vermöge Separationsrechtes begehrte. Die Ehegatten hatten in der Gütergemeinschaft nach Jütschem Rechte gelebt. Der Kontradiktor suchte zu zeigen, daß das Separationsrecht nur dann Anwendung leide, wenn die Erbschaft, nachdem die Ehe durch den Tod des einen Ehegatten aufgelöst worden, noch in natura vorhanden sei, und wenn nicht der andere Ehegatte gleichfalls eine Erbschaft in die

---

4) Nur die Errungenschaft ist gemeinschaftlich; das Eingebrachte nimmt die Frau bei der Theilung voraus, nach der Verordnung Johann's des Aeltern über die Erbfälle auf Fehmarn, v. 15. Febr. 1563. §. 6 (in Corp. Statut. Slesv. I. S. 698).

Ehe gebracht habe; als welches in dem vorliegenden Falle sollte geschehen seyn. Das Obergericht erkannte: daß die Justifikantinn, Frau von Kobbe, „mit dem, durante matrimonio mit dem Cridar, ererbten väterlichen Vermögen cum usuris, jure separationis et dominii zu collociren; es wäre denn, daß Contradictor und Justificat . . . . erwiese, daß Defunctus v. Kobbe während der Ehe ebenfalls eine Erbschaft in die Ehe gebracht ꝛc." Dieser Beweis schlug fehl [5]).

24.

Vertretbare Sachen kann der Gläubiger nur in ihrer Gattung begehren, sollte auch eine besondere Bezeichnung Statt gefunden haben.

§. 1.

Das natürliche Verhältniß solcher Sachen, die nach Zahl, Maaß, Gewicht, im Handel und Wandel vorkommen, wird im Römischen Rechte blos in einer einzigen Stelle ausdrücklich anerkannt. Es ist dieses das berühmte, aus Paulus entlehnte fr. 2. §. 1. D. 12, 1. de rebus creditis:

> Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere, numero, mensura consistunt, quoniam earum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quam specie; nam in

---

[5]) Die hier in Bezug genommenen Aktenstücke verdanke ich der Gefälligkeit des Herrn Justizrathes Dr. Jasper in Schleswig.

ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest.

Hiernach sind dergleichen Sachen, die, wie z. B. Getraide, Früchte, Wein, Oel, Geld, im Verkehre gewogen, gezählt, gemessen werden, gewöhnlich nur ihrer Gattung nach (in genere), in Betracht zu ziehen, nicht aber nach ihren Stücken, Individuen (in specie). Wer ein bestimmtes Maaß Getraide in andern Körnern zurückgiebt, als worin er es empfangen, giebt keine andere Sache zurück, als die er empfangen, falls er nur in Körnern von derselben Gattung zahlt. Solche Sachen hat man treffend vertretbare genannt; im barbarischen Juristenlatein fungibiles res. Da aber unter den Sachen derselben Gattung noch ein Unterschied in Betreff der Güte besteht: so ist die Vertretbarkeit rechtlich noch dadurch bedingt, daß Sachen derselben Gattung zugleich von derselben Güte geleistet werden, in welcher der Schuldner sie versprochen oder empfangen hat. Wer Wein von einer gewissen Sorte z. B. Rüdesheimer elfer, oder wer Mecklenburger Weizen vom Jahre 1827 leihet, kann sich seiner Verbindlichkeit nicht dadurch entledigen, daß er Rüdesheimer sechszehner, oder Mecklenburger Weizen von der mindern Güte des Jahres 1828 zurückliefert [1]). Sonst würde der Gläubiger einen Verlust dadurch erleiden, daß der Schuldner die Sache zwar von derselben Gattung, aber von geringerer Güte, leistete. Desgleichen muß der Schuldner, wie ohne weitere Ausführung einleuchtet, dieselbe Art der Sache leisten; also nicht Franzwein für Rheinwein, nicht einmal Liebfrauen-Milch für Hochheimer, oder Bleicher für Laubenheimer, eben so wenig rothen Weizen statt weissen englischen Weizen, u. s. w. Die Art, in der Naturgeschichte verschieden von der Gattung, wird im

---

[1]) 3. D. 12, 1. de reb. cred.

Röm. Rechte ebenfalls genus genannt [2]), so daß jemand nicht in demselben genus zahlen würde, wenn er eine andere Art derselben Gattung anböte. Wenn aber der Schuldner Sachen derselben Gattung in derselben Art und von derselben Güte zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit anbietet: darf dann der Gläubiger die Annahme aus dem Grunde verweigern, weil die angebotenen Sachen nicht von dem im Vertrage bezeichneten Haufen genommen oder von einer spätern Ernte sind? Diese Frage kam in folgendem Rechtsstreite zur Entscheidung.

§. 2.

Der Kommerzienrath E. in Rostock kaufte im Januar 1806 von dem dortigen Kaufmann S. 30 Last Mecklenburger Roggen, die Last für 175 Rthlr. Wegen noch nicht gelieferter 15 Last 94 Scheffel stellt der Käufer E. im April 1806 gegen den Verkäufer S. eine Klage an, indem er anführt, daß er den übrigen Roggen nicht probemäßig befunden habe, als er denselben aus den Speichern, wo er gelagert, habe abholen wollen. Der Käufer bat, dem beklagten Verkäufer aufzugeben, daß dieser die 15 Last 94 Sch. im konservirten probemäßigen Zustande sofort abliefere, auch Schäden und Kosten vergüte. Doch dieser Streit wurde im Oktober 1806 durch Vergleich beigelegt, nachdem Beklagter sich in seiner Vernehmlassung hauptsächlich darauf bezogen hatte, daß der verkaufte Roggen auf Risiko des Käufers gelagert habe, daß er also für die Verschlechterung nicht einzustehen brauche.

Als aber nach abgeschlossenem Vergleiche und völliger Bezahlung des Kaufgeldes der Roggen in der vertragsmäßig bezeichneten Lagerstätte aufgemessen wird, fehlen 2 Last $7\frac{1}{2}$ Sch. Dies veranlaßt im April 1807 den Käufer zu dem gerichtlichen Antrage, den Verkäufer zur Lieferung der fehlenden 2 Last $7\frac{1}{2}$ Sch. so wie zur Vergütung aller Schäden anzu-

---

[2]) 4. D. 33, 6. de tritico.

halten, welche mit dem Falle des Kornpreises verbunden seyn würden. Gegen diesen Antrag suchte der Beklagte sich durch die Behauptung zu schützen, daß das fehlende Maaß Roggen eingetrocknet sei, und daß der Roggen auf Klägers Risiko gelagert habe. Allein das am 24. August 1810 eröffnete Erkenntniß verurtheilte den Beklagten zur Lieferung des eingeklagten Roggens, unter Vorbehalt jedoch des Beweises des Eintrocknens; ein Erkenntniß, welches in Rechtskraft überging. Von Erstattung des durch Verzögerung etwa entstandenen Schadens war nicht die Rede.

Den Beweis des Eintrocknens trat nun Beklagter zwar an, ließ ihn aber fallen und erklärte im März 1816: er sei bereit, dem Gegner in Folge des Erkenntnisses 2 Last 7½ Sch. Roggen sofort abzuliefern und die Kosten zu erstatten.

Der klagende Käufer war jedoch mit diesem Erbieten nicht zufrieden, sondern bat, den beklagten Verkäufer zu verurtheilen, daß er ihm denselben Roggen liefere, welchen Kläger 1806 gekauft habe, und daß er ihm denjenigen Schaden erstatte, welchen Kläger durch zehnjährige Entbehrung des Roggens an versäumter Konjunktur und sonst erlitten habe. Zur Unterstützung dieses Gesuches führte Kläger an: Der Roggen koste jezt nur 60 Rthlr. die Last und die lezte Ernte sei schlecht ausgefallen. Für den streitigen Roggen habe Kläger 175 Rthlr. bezahlt; dazu entbehre er 10jährige Zinsen mit 87½ Rthlr.; mithin komme ihm jede Last auf 262½ Rthlr. zu stehen. Die jetzige Lieferung beabsichtige also Beklagter mit einem Theile der genossenen Zinsen zu beschaffen. Dies gehe aber nicht an; denn das Urtheil vom 24. Aug. 1810 rede von dem eingeklagten und von dem verkanften Roggen; Beklagter müsse also denselben Roggen liefern, welchen er vor 10 Jahren verkauft habe, und sei keinesweges debitor generis. Auch könne dem Beklagten nicht frei stehen, den Roggen von 1806 anderweit zu veräußern, mit dem Kläger zu processiren und jezt bei wohlfeilen Preisen den Roggen zu liefern. Eben so wenig könne Beklagter Roggen an-

bieten, welcher zur Zeit des Handels noch nicht existirt habe. Das Urtheil von 1810 sage zwar nichts über den Schadensersatz, allein dieser verstehe sich von selbst. Kläger habe sich bei diesem Urtheile nur deswegen beruhigt, weil er zur Zeit der Eröffnung desselben bereits gewußt, daß der Beklagte denselben Roggen, welchen Kläger gekauft, nicht mehr besitze, Beklagter also nicht weiter im Stande sei, ein vermeintliches implementum in natura ihm künftig anzubieten.

In seiner Erwiderung suchte Beklagter theils den begehrten Schadensersatz abzuwehren, da die Schadensforderung durch das Urtheil von 1810 stillschweigend abgewiesen sei, theils suchte er die klägerischen Anführungen wegen des Roggens selbst zu widerlegen. Der Kläger habe nicht auf eine bestimmte Species von Roggen geklagt; auch habe er kein Interesse, gerade Roggen von 1806 zu bekommen, da dieser wegen der nassen Ernte landeskundig so schlecht gewesen, wie nicht seit hundert Jahren. Hingegen der Roggen von 1815 sei durch ganz Mecklenburg sehr gut gerathen, so daß Kläger gewiß hundert Procent gewinne, wenn er solchen Roggen erhalte. Daß Beklagter gerade Roggen von 1806 liefern solle, sage das Urtheil nicht. Daß der Roggen nun wohlfeiler sei, als im Jahre 1806, das liege nicht darin, weil der Roggen von 1806 besser gewesen, als der von 1815. Würde denn Kläger, wenn er jezt Roggen von 1806 erhielte, mehr dafür bekommen, wie für den Roggen von 1815? Er würde zum Drittheile weniger dafür erhalten. Ob Beklagter seinen Roggen von 1806 verkauft oder verschenkt habe, das könne dem Gegner gleich seyn. Ja, dieser könne es ihm danken, daß er den schlechten Roggen von 1806 nicht aufbewahrt habe. Kläger würde zwar über die Qualität des Roggens streiten können; allein da Beklagter sogar bessern geben wolle: so fehle es jenem an einem Interesse, den jezt angebotenen Roggen auszuschlagen. Und selbst das Urtheil von 1810 habe nicht beabsichtigen können, noch Roggen vom

Jahre 1805 zu liefern; denn so lange halte sich kein Roggen, zumal kein so naß eingefahrner, wie der von 1805. Hätte das Urtheil dieses ausgedrückt: so würde gewiß der Kläger sich darüber beschwert haben.

In der Duplik erklärte der Kläger zwar, daß er keinen Schaden begehre, da das Urtheil ihm solchen abgesprochen habe, auch daß er nicht einmal wegen verspäteter Ablieferung Schadenersatz verlange; dagegen verlangte er judikatmäßige Erfüllung, eventuell die Rückgabe des Kaufgeldes samt Zinsen. Besonders hob er hervor, er habe eine bestimmte Species gekauft, indem der Roggen den Lagerplätzen nach bestimmt gewesen sei und auf sein, des Klägers, Risiko gelagert habe. Aus diesem Grunde gerade habe Beklagter das Eintrocknen dem Kläger anrechnen wollen. Sei eadem species nicht vorhanden: so müsse Beklagter wegen Nichterfüllung des Vertrages und des Urtheils das Kaufgeld nebst Zinsen und den Schaden erstatten, ohne daß Kläger nachzuweisen brauche, warum er den Roggen von 1805 fordere.

§. 3.

Diese Sache wurde im Jahre 1818 im Spruchkollegium zu Göttingen entschieden. Da nicht nur durch das rechtskräftige Urtheil vom 24. Aug. 1810 der begehrte Schaden wegen verspäteter Erfüllung stillschweigend aberkannt worden, sondern auch zulezt der Kläger selbst erklärt hatte, jenen Schaden nicht begehren zu wollen: so kam lediglich der Umstand in Erwägung, ob Kläger schuldig sei, sich mit dem Erbieten des Beklagten zufrieden zu stellen, wornach dieser Roggen vom Jahre 1815 zu liefern bereit, aber außer Stande war, mit Roggen von der Ernte des Jahres 1805 seine Verbindlichkeit zu erfüllen.

Kläger wurde schuldig erachtet, sich mit dem Erbieten des Beklagten zufrieden zu stellen. Denn weder die Gattung, noch die Art, noch die Güte der Sache, war im Streite befangen; sondern lediglich darum drehete sich der Streit.

ob der Käufer mit Rechtsbestande begehren könne, daß ihm gerade Roggen von 1805 geliefert werde. Wenn nun gleich nicht zu verkennen war, daß man um Roggen vom 1805 oder von noch frühern Ernten gehandelt hatte, weil der im Januar 1806 auf alsbaldige Lieferung und mit Anweisung auf bestimmte Lagerplätze geschlossene Kauf des Roggens nicht füglich auf künftige Ernten sich beziehen ließ: so war es doch dem Käufer durchaus unschädlich, ja vortheilhafter, wenn er mit Roggen einer andern Ernte, als der dem nassen Jahre 1805, befriedigt wurde. Der Käufer selbst hatte nicht vermogt, auch nur im Geringsten nachzuweisen, daß ihm etwas daran liegen könnte, gerade von der Ernte des Jahres 1805 Roggen zu erhalten. Um so mehr mußte hier die Regel von der Vertretbarkeit solcher Sachen, die, wie Getraide, nach Zahl, Maaß und Gewicht in Betracht kommen, durchgreifen. Die Natur solcher Sachen bringt es mit sich, daß man mit der Leistung in genere sich befreiet, und, daß solange man zu einer solchen Leistung bereit und im Stande ist, die Verbindlichkeit der Naturallieferung nicht nothwendig in eine Entschädigung in Gelde aufgelöset wird, da die Leistung in genere eben so viel werth ist, als die Leistung in specie.

§. 4.

Auf ähnliche Weise ist im Röm. Rechte ausgesprochen, daß der Gläubiger nur dann, wenn er Schaden litte, die Zahlung in andern Münzsorten, als worauf die Verbindlichkeit gerichtet ist, ablehnen dürfe [3]). Darnach würde der Gläubiger, dem der Schuldner im Anfange des Jahres 1806 in Mecklenburger Gulden hätte zahlen sollen, sich der An-

---

[3]) 99. D. 46, 3. de solut. (Paulus): Creditorem (die Lesart debitorem ist offenbar unrichtig) non esse cogendum, in aliam formam nummos accipere, si ex ea re dammum aliquod passurus sit.

nahme nicht weigern können, wenn Gulden von dem Gepräge des Jahres 1815, und nicht gerade des Jahres 1805 oder 1806, zur Zahlung angeboten würden.

Endlich haben Diokletian und Maximian in der c. 15. C. 4, 49. de act. emti einen ähnlichen Fall nach obigen Grundsätzen entschieden:

> Ultra modum tritici distracti citra pactum, in solutione mora non facta, nihil emtor exigere potest.

Wenn hiernach der Käufer, von einem Verzuge abgesehen, nichts weiter begehren kann, als die Quantität des vertragswidrig veräußerten Weizens: so ist eben dadurch ausgesprochen, daß der Weizen, auch wenn er dem Haufen oder dem Lagerplatze nach bezeichnet worden, eine vertretbare Sache bleibe. Man kann sich den Fall, worauf jene Konstitution sich bezieht, auf die natürlichste Weise nur so denken, daß jemand eine, nach seinem Lagerplatze oder Haufen bestimmte Quantität Weizen, z. B. den Weizen in jenem Speicher, oder von der lezten Ernte, gekauft, der Verkäufer aber nach Abschluß des Handels von diesem Weizen etwas an einen Dritten veräußert und also wider den Vertrag gehandelt hatte. Worauf nun der Antrag des Käufers gerichtet gewesen, ist freilich nicht klar, aber der Inhalt des kaiserlichen Ausspruches ist deutlich, daß er nämlich über das Maaß oder die Quantität des vertragswidrig veräußerten Weizens nichts weiter begehren könne.

Wäre in diesem Falle der Weizen nach seinem Haufen oder seiner Lagerstätte nicht bezeichnet gewesen: so hätte, wie leicht einzusehen, von vertragswidriger Veräußerung desselben durch den Verkäufer nicht die Rede seyn können. Auch ist nicht vorauszusetzen, als wenn die Kaiser etwa die Wiedererstattung eben des Weizens, welcher wider den Vertrag veräußert worden, im Sinne gehabt hätten; denn davon abgesehen, daß es gewisser Maaßen als etwas Außerordentliches sich ansehen läßt, wenn eine so verbrauchbare Sache noch in

der dritten Hand und nach Verlauf einer zu einem Rechtsstreite nothwendigen Zeit, im vorigen Zustande vorhanden wäre, so hätte doch unter jener Voraussetzung die Konstitution wohl eine andre, die Wiedererstattung andeutende Fassung erhalten und nicht gerade das Maaß oder Quantum (ultra modum) hervorgehoben.

25.

Die Verabredung einer Leseprobe zwischen einem Bauer und einer Bäuerinn, mit dem Versprechen des Bauern, seiner Gegnerinn im Fall des Vorzuges im Lesen tausend Thaler geben zu wollen, ist ohne Rechtsbestand.

---

§. 1.

Eine Holsteinische Bäuerinn, Magdalene Katharina Grell geb. Speth zu Marxdorf, klagte wider den Käthner Johann Duwe daselbst, aus einem Versprechen, welches unter Landleuten wohl beispiellos ist. Nach der Angabe in der Klageschrift hegt der Käthner Duwe eine ganz besondere Vorliebe für das Lesen und glaubt darin selbst eine ganz unübertreffbare Fertigkeit zu besitzen. Als er nun am 1. Mai 1828 in das Haus der Grellschen Eheleute kommt, bringt ein Buch, welches er bei sich führt, gar bald sein Lieblingsgespräch über das Lesen auf die Bahn. Anfangs unterhält er sich mit dem zugleich anwesenden Schullehrer Thran und behauptet, daß niemand ihn in der Fertigkeit des Lesens gleich käme, geschweige denn, ihn darin überträfe. Als hierauf jedoch der Schullehrer geäußert, Duwe solle dieses nicht so ganz zuver-

sichtlich behaupten, und als er in der Folge des Gesprächs hinzufügt, daß zum Beispiel die mit anwesende Grellsche Ehefrau vielleicht eben so gut, wo nicht besser lese, als er: so wendet sich Duwe, anscheinlich eine solche Behauptung übel nehmend, an die Grellsche Ehefrau, und verspricht ihr 1000 Rthlr. Cour. zu geben, wenn sie wirklich besser lesen könne, als er. Die Angeredete, bisher bloße Zuhörerinn, nimmt mit Einwilligung ihres gegenwärtigen Ehemannes dieses Versprechen durch Wort und Handschlag förmlich an. Darauf verabreden beide, Duwe und Grell's Ehefrau, eine Leseprobe unter folgenden Bedingungen:

1) Innerhalb 14 Tagen bestimmt Duwe einen Tag zu dieser Leseprobe.

2) In der Bibel wird gelesen, und zwar in Jesus Sirach.

3) Die Leseprobe wird in der Schule zu Marxdorf abgehalten.

4) Hr. Pastor Jungclausen zu Altenkrempe und sonstige beider Seits zu erwählende Sachverständige sollen als Schiedsrichter bei gedachter Leseprobe zugezogen werden.

Weil aber der Käthner Duwe hinterher sich weigerte, die Leseprobe in's Werk zu richten: so wurde er von seiner Gegnerinn bei dem Klement-Kalands-Justitiariate verklagt. Das Gesuch der Klägerinn war dahin gerichtet, den Beklagten schuldig zu erkennen, binnen 14 Tagen eine Leseprobe auf jene Weise zu bestimmen, demnächst aber, wenn, nach dem Ausspruche der Sachverständigen, der Klägerinn eine vollkommnere Fertigkeit im Lesen zugesprochen würde, die auf diesen Fall von dem Beklagten versprochenen 1000 Rthlr. Cr. nebst Proceßkosten zu bezahlen.

§. 2.

Von alle dem Thatsächlichen der Klage war der Beklagte, seiner Angabe zufolge ein 60jähriger Mann, nur so viel geständig, daß er sich am 1. Mai 1828 mit der Klägerinn, ihrem Ehemanne und dem Schullehrer Thran, in einer

Gesellschaft befunden habe; daß er aber einer Fertigkeit im Lesen sich gerühmt und daß er jenen Vertrag eingegangen, stellte er in Abrede. Er behauptete daneben, an jenem Tage von einer Auktion in Lensahn, betrunken zurückgekommen und in diesem Zustande in jene Gesellschaft gerathen zu seyn. Und weil er von der Auktion ein Buch mit sich geführt habe: so sei es zwar möglich, daß von der Fertigkeit im Lesen die Rede gewesen und die behauptete Verabredung getroffen sei; allein seiner Trunkenheit wegen wisse er darüber nichts Bestimmtes anzugeben.

Zugleich suchte der Beklagte sich durch mehrere Einreden zu vertheidigen; zunächst durch die exceptio pacti illiciti. Der behauptete Vertrag, meinte er, gehöre zu den in der Rechtstheorie als unerlaubt aufgeführten Verträgen, zu denen nämlich, wodurch man verspricht oder sich verpflichtet, im Fall ein ungewisser Thatumstand existire oder nicht existire, an einen Andern ein Gewisses verlieren zu wollen. Die exceptio ebrietatis begleitete der Beklagte mit der exceptio doli. Klägerinn wisse aus Erfahrung, daß er im trunkenen Zustande zu Allem zu bewegen sei; daher habe sie seine Trunkenheit dazu benutzen wollen, um ihn um einen Theil des Seinigen zu bringen, um diejenige Summe, welche er aus der Konkursmasse ihres Mannes zu fordern habe. Beklagter schilderte nämlich die Sache so, als hätte er vielleicht mit dem Schullehrer Thran in ein Gespräch über die Fertigkeit im Lesen sich eingelassen und eine Wette von 100 Rthlr. ausgeboten; daß dieses möglicher Weise aber nur ein Scherz gewesen sei, den die Klägerinn und ihr Ehemann aufgenommen, die ausgebotenen hundert Thaler in tausend verwandelt und dann dieses so entlockte Anerbieten acceptirt hätten. Zulezt wurde die exceptio pacti ab utraque parte non adimplendi vorgetragen, darauf gestützt, daß Hr. Pastor Jungclausen, einer vorläufig eingezogenen Erkundigung zufolge, die angeblich auf ihn gestellte Entscheidung gänzlich von sich abgelehnt habe.

§. 3.

Als darauf das Untergericht die Klägerinn ab- und zur Ruhe verwiesen und in die Kosten verurtheilt hatte: so ergriff sie die Appellation an das Landgericht. Indem sie die Abweisung bestritt, suchte sie ihre Klage von dem rechtlichen Standpunkte aus aufrecht zu erhalten. Zur Begegnung der exceptio pacti illiciti führte Klägerinn an: Es sei hier keineswegs von einer Verbindlichkeit aus einem Spiele, ja nicht einmal aus einer eigentlichen Wette, die Rede, sondern von einem unbenannten, durch kein Gesetz verbotenen pactum Do ut facias, oder von einer bedingten Schenkung. Auch liege hier durchaus kein an sich blos zufälliger, ungewisser Thatbestand, zum Grunde, durch dessen künftige Existenz oder Nichtexistenz dem einen oder dem andern Theile erst etwas zu leisten auferlegt werde. Die Sache verhalte sich ganz anders. Beklagter habe blos seiner Seits unaufgefordert einen Preis darauf gesetzt, wenn Klägerinn in einer möglichst bestimmt und genau verabredeten Probe eine bessere Lesefertigkeit an den Tag legen würde, als er. Es sei hier keineswegs von einem, im Augenblicke des ertheilten Versprechens, in seiner Existenz an sich noch ungewissen Thatbestande die Rede, sondern es habe dieser damals schon wirklich existente Thatbestand, die bessere Fertigkeit im Lesen, durch Sachverständige blos erst näher bewahrheitet werden sollen. Desgleichen suchte Klägerinn den Gegenstand der Verabredung als ein im Röm. Rechte erlaubtes certamen pro virtute zu schildern, dem überdies das Anständige nicht mangle, da aus der Bibel und in der Schulstube, und nicht etwa in einer Schenke, sollte gelesen werden. Sodann berief sich die Klägerinn theils auf den Grundsatz des Deutschen Rechtes, wornach alle Verträge, mit einziger Ausnahme der besonders verbotenen, verbindlich seien; theils auf die Landesgesetze, welche die Spielverträge nicht überhaupt verbieten, sondern nur die Hazardspiele. Die fragliche Stipulation aber ein Hazardspiel

nennen zu wollen, würde niemanden einfallen. Die Parteien seien weder unter die Kategorie der Römischen aleatores, noch der Englischen Boxer, zu rechnen. Vielmehr, meinte Klägerinn, verhalte sich die ausgelobte Summe wie eine Prämie auf die größere Fertigkeit in der edlen Lesekunst, ähnlich den Preisen, wie sie von einer wissenschaftlichen Gesellschaft oder von einem Privatmanne auf die beste Abhandlung oder Rede über einen interessanten Gegenstand ausgesetzt werden.

Den übrigen Einreden, der Trunkenheit, der Prellerei, der Verweigerung des schiedsrichterlichen Amtes, widersprach Klägerinn nicht blos in ihren thatsächlichen Grundlagen, sondern auch in ihrer rechtlichen so großen Erheblichkeit, daß die Klage sofort habe abgewiesen werden können.

Gleichwohl bestätigte das Holsteinische Landgericht (in der Sitzung des Jahres 1829) die Abweisung der Klage, und gewiß mit Recht.

§. 4.

Ohne daß man im Stande ist, von den Gründen des landgerichtlichen Urtheils Nachricht zu geben, weil noch immer, zum großen Bedauern aller Rechtsfreunde, die Urtheilsgründe in Schleswig und Holstein ein Geheimniß bleiben, fällt doch so viel in die Augen, daß jenes Erkenntniß auf der Ansicht beruht, der streitige Vertrag sei nicht klagbar, mithin die exceptio pacti illiciti gegründet. Denn da keine der übrigen Einreden als sofort bewiesen sich darstellte: so konnte keine derselben einen Grund der sofortigen Abweisung abgeben. Warum aber der fragliche Vertrag als unverbindlich betrachtet worden, ist zweifelhaft. Untersuchen wir, welche Natur demselben anklebe.

Ein Spiel mit einer Wette lag nicht in der Verabredung. Das Lesen um den Vorzug könnte freilich als eine Art von Spiel angesehen werden, dessen Ausgang im vorliegenden Falle eben so zweifelhaft blieb, wie der Kampf

in körperlichen Spielen, weil das Verhältniß zwischen beiden Theilen in Betreff der Lesefertigkeit noch nicht ausgemittelt war; allein es mangelte an einem Wettsatze von beiden Parteien, da die Grellsche Ehefrau selbst nichts auf den Fall versprach, da man sie für besiegt erklären würde. Herrschend aber ist die Ansicht, daß man bei einer Wette als Sieger etwas gewinnen, als Besiegter etwas verlieren müsse, daß also von beiden Theilen etwas ausgelobt werde [1]). Eben so wenig kann man in dem Geschäfte eine bedingte Schenkung antreffen; denn augenfällig mangelte es auf Seiten des Käthners Duwe an der Absicht, zu schenken, d. h. freigebig oder wohlthätig sich zu erweisen. Vielmehr liesse sich sagen, er habe jene 1000 Rthlr. als eine Strafe für den Fall versprochen, daß er sich vermessener Weise eine größere Lesefertigkeit beigelegt hätte, als seiner Gegnerinn. Weit entfernt, dieser eine Freigebigkeit bezeigen zu wollen, betrachtete er sie als seine Gegnerinn, nachdem sie sich eine bessere Fertigkeit im Lesen zugetrauet, als er selber zu haben meinte. Blos aus Verdruß über die Anmaaßung dieser Frau, gelobte er jene Summe. Mit eben so unhaltbarem Grunde konnte der verabredete Lesestreit als ein certamen pro virtute geschildert werden, da man pro virtute nur in gymnastischen Spielen streitet. Endlich wird niemand im Ernste die ausgelobte Summe als eine Prämie zur Beförderung einer Kunst oder Wissenschaft betrachten. Ein Wetteifer unter zwei bestimmten Personen, ein Wetteifer im Lesen zwischen einem sechszigjährigen Käthner und einer verheiratheten Bäuerinn, ohne daß die Theilnahme an diesem Streite jedermann, oder auch nur den Gemeindegenossen, gestattet wird: wie könnte derselbe für Wissenschaft

---

[1]) Sehr richtig definirt Thibaut Pand. R. §. 917. die Wetten als Verträge, wodurch jeder Theil etwas verwirken zu wollen verspricht, wenn seine Behauptung der Existenz oder Nichtexistenz eines Thatumstandes nicht eintreffe.

Bayerische Staatsbibliothek München

und Kunst von Bedeutung seyn? Nicht einmal mit den Schulprämien läßt sich das streitige Geschäft vergleichen.

§. 5.

Bei alle dem bleibt das von der Klägerinn behauptete Geschäft ein Vertrag. Und da die Verträge in der Regel müssen erfüllt werden und selbst das Röm. Recht ein von einer ungewissen Thatsache abhängig gemachtes Versprechen, abgesehen von der Schenkung sowohl als von der eigentlichen Wette, bei Erörterung der Kraft der Bedingungen anführt, ohne daß ein solches Versprechen als ein ungültiges bezeichnet wird [2]): so fragt es sich immer, aus welchem Grunde man die vorliegende Verabredung für so unwirksam halten dürfe, um die Klägerinn sofort abzuweisen? Die Nothwendigkeit der Abweisung würde ohne weiteres einleuchten, wenn hier eine eigentliche Wette geschlossen wäre. Dann nämlich wäre sie auf eine Art von Kampf, Streit oder Spiel, gerichtet gewesen, und da der in Frage befangene Wettkampf im Lesen zu den gymnastischen Spielen nicht zu rechnen steht: so hätte die Wette keine Klage hervorgebracht, weil man auf den Ausgang eines Spieles nur dann wetten darf, wenn dasselbe ein gymnastisches ist [3]). Wollte man aber den Lesestreit nicht für ein Spiel gelten lassen und dann der Meinung derjenigen beipflichten, welche Wetten, die nicht Spiele betreffen, für erlaubt halten: so darf doch selbst die erlaubte Wette um keine unmäßige Summe Statt finden [4]). Justinian gestattete dem Reichen, in den erlaubten Fällen des Spieles, nur den Satz eines Dukaten (solidus) [5]).

---

[2]) 129. D. 45, 1. de V. O. Si quis stipulatus fuerit, *decem aureos dabis, si navis venit et Titius consul factus est*, non alius dabitur, quam si utrumque factum est etc.

[3]) 3. D. 11, 5. de aleatoribus.

[4]) Vgl. Glück, Erl. der Pand. B. 11. §. 761. Thibaut, Pand. R. §. 917.

[5]) 3. C. 3, 43. de aleatoribus: . . . Sed nec permittimus etiam in

Nothwendig wäre gleichfalls die Abweisung gewesen, wenn die Verabredung, wie der Beklagte vorzustellen sucht, blos auf einem Scherze beruhet hätte. Allein dafür ist keine Thatsache angeführt; vielmehr sind die von der Klägerinn erzählten Umstände, die Wahrheit derselben einmal vorausgesetzt, von der Beschaffenheit, daß man den Parteien allen Ernst in der Abschliessung des Vertrages beizumessen gezwungen wird.

Aber es bleibt ein anderer Grund übrig, weshalb die Klage als an sich unbegründet erscheinen muß. Die Verabredung ist thöricht, sie widerstreitet den guten Sitten des Standes, welchem die Parteien angehören, und eben deshalb verdient sie keinen richterlichen Schutz [6]). Selbst wenn ein vornehmer und reicher Mann eine Summe von tausend Thaler seinem Ueberwinder im Lesen ausgelobt hätte, ohne allen andern Zweck, als um seine Eitelkeit zu befriedigen, würde man das Versprechen für ein thörichtes gelten lassen. Unsinnig aber vollends stellt ein solches Versprechen sich dar, wenn es ein Käthner giebt, dessen ganzes Vermögen vielleicht nur einige tausend Thaler beträgt. Jahrelang mag der Bauer im Schweisse seines Angesichts sein Feld bebauen, ehe es ihm gelingt, tausend Thaler zu erwerben; und es sollte vernünftig erscheinen, eine solche Summe auf's Spiel zu setzen, um im günstigsten Falle den Ruhm zu erwerben, besser lesen zu können, als eine gewisse Bäuerinn? Thörichter als eine wahre Wette stellt sich die fragliche Verabredung dar, indem sie kein Gegenversprechen einer gewissen Summe enthielt, die der Beklagte im Fall des Sieges

---

his ludere ultra unum solidum, si multum dives sit, ut si quem vinci contigerit, casum gravem non sustineat.

[6]) 27. §. 4. D. 2, 14. de pactis: Pacta, quae turpem causam continent, non sunt observanda. 4. C. 8, 39. de inutil. stipul: ..... cum omnia, quae contra bonos mores vel in pactum vel in stipulationem deducuntur, nullius momenti sint.

gewonnen hätte. Nun würde aber die Wette sonder Zweifel wegen des übermäßigen Satzes ungültig gewesen seyn; um so viel mehr muß man die fragliche Verabredung für eine rechtlich unzulässige erachten.

26.

Worin besteht ein Rechnungsfehler?

§. 1.

Nach Römischem Rechte ist das rechtliche Verhältniß sehr verschieden, je nachdem der Irrthum ein gemeiner Irrthum ist, oder in einem Rechnungsfehler besteht. Was ist aber ein Rechnungsfehler, error calculi s. computationis? Es befremdet vielleicht, wenn hier eine Frage aufgeworfen wird, welche, im Grunde genommen, nicht von Rechtsgelehrten zu entscheiden ist und in Ansehung welcher ohne Zweifel die Meisten mit sich im Reinen zu seyn glauben. Indessen ist das Rechnen, abgesehen von der höhern Mathematik, worauf es hier nicht ankommt, keine solche Wissenschaft oder Kunst, die einem besondern Stande angehört. Sodann ist es eine eben so wahre als auffallende Erscheinung, daß viele Rechtsgelehrte nur eine dürftige Kenntniß vom Rechnungswesen besitzen, obwohl sie damit in einem vorzüglichen Grade vertraut seyn sollten. Daher wird es nicht überflüssig scheinen, den Begriff des Rechnungsfehlers näher zu bezeichnen und denselben von dem gemeinen Irrthume, der in Rechnungssachen eben sowohl wie in andern Geschäften eintreten kann, genau zu unterscheiden.

Bei dieser Erörterung wollen wir uns zuerst an die arithmetischen Grundsätze halten, hinterher die Bestimmungen

des Römischen Rechtes vergleichen, zulezt die Sache in ihrer Anwendung betrachten.

§. 2.

Ein Rechnungsfehler wird begangen, wenn die Auflösung einer Aufgabe gegen die mathematische Wahrheit verstößt. Dagegen ist es kein Rechnungsfehler, wenn die Aufgabe selbst auf einem Irrthume beruht. Als unrichtig, irrig, falsch, kann die Aufgabe auf mannichfache Weise sich darstellen; dadurch aber entsteht niemals ein Fehler in der Rechnung. Der Rechner nämlich hat es nur damit zu thun, die vorgelegte Aufgabe mathematisch richtig zu lösen; keinesweges gehört zu den Geschäften des Rechners die Untersuchung, ob auch der Inhalt der Aufgabe oder die ihr zum Grunde liegenden Umstände der Wahrheit angemessen sind. Unrichtige Aufgaben können sich aber auf eine doppelte Art finden:

1) Es werden unrichtige Größen zur Berechnung verstellt; die Aufgabe ist also in Ansehung der Größen falsch. Man denke sich, es würden 6 statt 10 aufgegeben. Dies könnte in allen vier Species sich ereignen:

Statt $10+3$ lautet die Aufgabe $6+3$, also nothwendig $=9$.

Statt $10-3$ sind aufgegeben $6-3=3$.

Statt $10 \cdot 3$ stehen $6 \cdot 3=18$.

Statt $10 : 3$ stehen $6 : 3=2$.

In allen diesen Fällen ist die Auflösung, das Facit, zufolge der aufgegebenen Größen richtig, mithin kein Fehler in den arithmetischen Operationen; lediglich die Aufgabe der Größen selbst beruht auf einem Irrthume, oder ist falsch.

Eben so wenig ist es ein Rechnungsfehler, wenn man eine Größe zur Berechnung aufgiebt, die man gar nicht in Rechnung hätte stellen sollen, oder wenn man eine Größe in Rechnung zu bringen unterläßt, die doch aufzugeben gewesen wäre. Auch in solchen Fällen liegt der Fehler in der

Aufgabe, nicht in der Rechnung. Z. B. 10 + 6 + 4 ist die Aufgabe; allein die Zahl 4 ist unrichtig in die Aufgabe aufgenommen. Alsdann ist die Summe 20, welche die Addition ergiebt, kein Verstoß gegen die Arithmetik; sie folgte nothwendig aus der unrichtigen Aufgabe. Umgekehrt würde es eben so wenig ein Rechnungsfehler seyn, wenn die Aufgabe gelautet hätte 10 + 6 und von dem Rechner die Summe 16 angegeben, in der Aufgabe jedoch die Größe 4 vergessen wäre.

Falsch kann aber die Aufgabe auch

2) deshalb seyn, weil man die mit den Größen vorzunehmende Operation unrichtig aufgegeben hat. Auch in diesem Falle kann die unrichtige Aufgabe alle vier Species der Arithmetik, so wie jede mathematische Operation, betreffen. Die Aufgabe laute z. B. 10 — 6, statt daß sie 10 + 6 hätte lauten sollen. Giebt nun der Rechner den Rest 4 an (10 — 6 = 4): so hat er keinen Fehler in der ihm aufgegebenen Operation begangen; vielmehr liegt der Fehler in der Aufgabe, daß 6 von 10 subtrahirt, statt daß 10 und 6 addirt werden sollten.

§. 3.

Ein Rechnungsfehler tritt also, wie vorhin gesagt, nur dann ein, wenn die Auflösung einer Aufgabe gegen die mathematische Wahrheit verstößt. Dafür giebt es zwei Hauptfälle. Der Rechnungsfehler kann

1) darin liegen, daß der Rechner sich in den ihm zur Berechnung vorgelegten Größen versieht, indem er selbige entweder vermindert oder vermehrt. Die Aufgabe ist z. B. 6 + 3; der Rechner aber setzt 3 + 3. Wenn nun der Rechner die Summe 6 angiebt: so verstößt die Auflösung gegen die mathematische Wahrheit, daß die Aufgabe 6 + 3 die Summe 9 giebt.

Dann kann der Rechnungsfehler

2) darin stecken, daß der Rechner ein Versehen in den

arithmetischen Operationen begangen hat. Hier sind wieder zwei Fälle möglich:

a) die rechte Operation wird zwar ergriffen, aber unrichtig vollführt. Z. B. 3. 3 = 8, statt = 9. Oder 3 + 9 = 11, statt = 12.

b) Eine unrechte Operation wird angewandt, obwohl richtig vollführt; der Rechner vergreift sich also in der Operation. Die Aufgabe ist z. B. 6 + 3; der Rechner jedoch setzt 6 — 3, und giebt mittelst Subtraktion den Rest 3 an, statt daß er durch Addition die Summe 9 hätte finden sollen. Hier wird eben so offenbar ein Rechnungsfehler begangen, als wenn der Rechner die richtige Operation ergriffen, aber unrichtig vollführt hätte; denn in beiden Fällen wird die unbekannte Größe, welche nach Anleitung der Aufgabe herauszubringen war, unrichtig angegeben, mithin verstößt die Auflösung der Aufgabe in dem einen Falle nicht weniger, als in dem andern, gegen die mathematische Wahrheit.

§. 4.

Kaum bedarf es übrigens einer Erwähnung, daß es für den Begriff des Rechnungsfehler gleichgültig ist, ob die Aufgabe gegebene oder aber unbekannte Größen enthielt, und ferner, ob man bei der Aufgabe die zum Zweck der Auflösung vorzunehmenden Operationen bezeichnet, oder die Auffindung der vorzunehmenden Operationen dem Rechner überlassen hatte. Nehmen wir folgende Aufgabe:

Titius vermietet an Maevius ein Haus auf 6 Jahre für jährliche 100 Rthlr. Maevius bezahlt an der ganzen Mietsumme abschläglich 150 Rthlr. Auch hat er wegen 40 tägiger Einquartierung für jeden Tag eine Vergütung von $1\frac{1}{4}$ Rthlr. zu fordern. Nach Beendigung der Miete hat Maevius den Rest des 6 jährigen Mietzinses mit 5 Procent zu verzinsen versprochen. Wenn er nun diesen Rest noch

$2\frac{1}{2}$ Jahr schuldig geblieben ist: wie viel hat er überall an Kapital und Zinsen zu zahlen?

Um diese Aufgabe zu lösen, muß man erst den Rest des 6jährigen Mietzinses ausmitteln; also 6. 100 = 600 — 150 = 450 — 40 . $1\frac{1}{4}$ = 400. Hiernächst, wie viel dieser Rest der 400 Rthlr. an Zinsen zu 5 Procent während $2\frac{1}{2}$ Jahre ergiebt; also 4. 5 = 20 . $2\frac{1}{2}$ = 50. Endlich, wie viel der Kapitalrest der 400 Rthlr. nebst 50 Rthlr. Zinsen zusammen beträgt; mithin 400 + 50 = 450.

In diesem Falle würde es keinen Unterschied begründen, ob in der Aufgabe der Kapitalrest in bekannter Größe, nämlich 400 Rthl., angegeben wäre, oder, wie hier, in unbekannter Größe. Und eben so gleichbedeutend würde es seyn, ob die anzustellenden Operationen in der Aufgabe bezeichnet wären, nämlich 6 . 100 u. s. w., oder ob man, wie hier, sich auf die Anführung der Umstände beschränkt hätte, welche den Rechner in Betreff der einzuschlagenden Operationen leiten sollen. In jedem Falle würde, wenn die Auflösung der Aufgabe nicht entspräche, ein Rechnungsfehler vorliegen. Denn das Geschäft des Rechners besteht nicht blos darin, aus gegebenen Größen und mittelst vorgeschriebener Operationen eine unbekannte Größe aufzufinden, sondern zugleich darin, aus unbekannten Größen diejenige unbekannte Größe, welche man wissen will, abzuleiten und die dazu nothwendigen Operationen zu ergreifen; ein Satz, der in der Wissenschaft unumstößlich gegründet ist.

§. 5.

Was hiernächst die Quellen des Römischen Rechtes betrifft: so wird zwar an vier Stellen [1]) des Rechnungsfehlers

---

[1]) 1. §. 1. D. 49, 8. quae sent. sine appell. rescind. (Macer), die Hauptstelle; 5. §. 15. D. 24, 1. de donat. inter vir. et ux. fr. 8. pr. D. 50, 8. de administr. rer. ad civit. pert. c. un. C. 2, 5. de errore calculi.

gedacht, allein ein Begriff desselben wird nicht aufgestellt. Dieser Mangel darf nicht befremden, da der Begriff des Rechnungsfehlers, seiner Natur nach, über jede positive Bestimmung erhaben ist; der Wissenschaft allein kommt es zu, denselben festzustellen. Auch an Beispielen des Rechnungsfehlers sind unsere Rechtsquellen arm; nur ein einziges wird angeführt, und zwar von Macer im fr. 1. §. 1. D. 49, 8. quae sent. sine appell.

Item si calculi error in sententia esse dicatur, appellare necesse non est; veluti si judex ita pronuntiaverit: *Cum constet, Titium Sejo ex illa specie quinquaquinta, item ex illa specie viginti quinque debere: idcirco Lucium Titium Sejo centum condemno.* Nam quoniam error computationis est, nec appellare necesse est, et citra provocationem corrigitur. Sed etsi hujus quaestionis judex sententiam centum confirmaverit, si quidem ideo, quod quinquaginta et viginti quinque fieri centum putaverit: adhuc idem error computationis est, nec appellare necesse est; si vero ideo, quoniam et alias species viginti quinque fuisse dixerit: appellationi locus est.

Diese Stelle enthält blos den Fall einer unrichtigen Addition, 50 + 25 = 100, statt = 75.

Daß Macer die Fälle des Rechnungsfehlers nicht hat erschöpfen wollen, ist auf den ersten Blick einleuchtend; er nimmt nur ein Beispiel zur Hand (veluti si judex u. s. w.). Also ohne allen Grund würde man sich auf diese Stelle berufen, um darzuthun, daß der Rechnungsfehler sich auf die unrichtige Vollführung einer der vier Species beschränke.

§. 6.

Sieht man auf die Anwendung: so ist zuvörderst nicht zu verkennen, daß besondere Schwierigkeiten entstehen, wenn dieselbe Person nicht blos Rechner gewesen ist, sondern sich

zugleich selber die Aufgabe gestellt hat. Ist nämlich in einem solchen Falle ein Fehler begangen: so entsteht die Frage, ob es ein Irrthum in der Rechnung oder lediglich ein gemeiner Irrthum sei; eine Frage, die, wegen der Verschiedenheit der rechtlichen Bestimmungen über beide Arten des Irrthums, von der größten praktischen Bedeutung ist. Indessen bleibt eine solche Frage immer eine Thatfrage, facti quaestio, deren Entscheidung von der eigenen Beschaffenheit der vorliegenden Umstände abhängt. Hierhin gehört namentlich der Fall, da ein Vormund, Faktor, Handlungsdiener, Verwalter u. d. gl. über Einnahme und Ausgabe Rechnung führt und einen Irrthum begeht, wo dann die Frage wichtig wird, ob es ein Fehler in der Rechnung, oder ein Irrthum in der Eintragung oder Verbuchung sei.

§. 7.

Besondere Aufmerksamkeit verdienen die verschiedenen Formen, unter welchen eine Aufgabe zur Berechnung verstellt zu werden pflegt. Der Arithmetiker spricht vom Addiren, Subtrahiren, Multipliciren, Dividiren; der Mathematiker bedient sich der Zeichen + — . :, um die vier arithmetischen Operationen anzuzeigen. Allein in der Geschäftswelt giebt es dafür andere Ausdrücke und Zeichen. Dabei kommt es, der Natur der Sache gemäß, einzig und allein darauf an, was man, Ausdrücke und Zeichen auf arithmetische Operationen zurückgeführt, gemeint hat.

Man denke sich einen Verkehr zwischen Titius und Maevius, woraus für Beide Rechte und Verbindlichkeiten entspringen, also ein Guthaben und Schlechthaben oder Schuldigseyn. Legt Titius dem Maevius Rechnung ab: so bezeichnen die Rubriken Einnahme und Ausgabe, jene das Plus (+) des Maevius, diese das Minus (—) des Maevius. Wäre nun ein Posten in Ausgabe gebracht, obgleich er vermöge der dabei angeführten Umstände in die Einnahme gehört hätte: so würde eine Verwechslung der

arithmetischen Operationen, der Subtraktion mit der Addition, zum Nachtheil des Maevius eingetreten, mithin ein offenbarer Rechnungsfehler vorhanden seyn.

So wie Einnahme und Ausgabe in den gewöhnlichen Rechnungen, so bezeichnet Credit und Debet in der kaufmännischen Buchhaltung das Plus und Minus, das Gut- und Schlechthaben. Uebergiebt Titius dem Maevius einen Kontokurrant: so enthält das Credit die Forderungen des Maevius, das Debet die des Titius; beide Rubriken verhalten sich also, da es auf eine Abrechnung ankommt, wie Addition und Subtraktion. Hat Titius z. B. dem Maevius für 1000 Rthlr. Zucker verkauft: so gehören diese in das Debet des Maevius. Wenn darauf Maevius einen Wechsel von 600 Rthlr. dem Titius als abschlägliche Zahlung übermacht: so gelangen 600 Rthlr. in das Credit des Maevius; oder mit andern Worten, diese 600 werden von 1000 subtrahirt, und Titius behält einen Saldo oder Rest von 400 Rthlr. In Zeichen also 1000 — 600 = 400. Wären aber jene 600 Rthlr. in das Debet des Maevius gesetzt: so würde zum Besten des Titius ein Saldo von 1600 Rthlr. sich ergeben; mit andern Worten, man würde jene 600 zu den 1000 addirt haben, statt daß man selbige hätte subtrahiren müssen. Hier würde aus der Verwechslung der arithmetischen Operationen ein Rechnungsfehler hervorgehen, vorausgesetzt daß wirklich jene 600 Rthlr., wie wir hier annehmen, in ihren Umständen als eine solche Summe bezeichnet worden, welche in das Credit des Maevius hätte kommen müssen.

In einer Bilanz bezeichnen Activa und Passiva das Plus und Minus, das Addiren und Subtrahiren. Sollte Titius die Bilanz einer Erbschaft entwerfen, um die Erbschaftssteuer auszumitteln, und er hätte unter die Activa einen Posten gebracht, welcher nach Maaßgabe der dabei angegebenen Umstände unter die Passiva gehört haben würde; so hätte er das Vermögen zu hoch angegeben, da er diesen

Posten von der Summe des Vermögens hätte subtrahiren, nicht aber dazu addiren sollen. Folglich wäre es ein Vergreifen in den arithmetischen Species und eben deshalb ein Rechnungsfehler.

§. 8.

Häufig entsteht in Rechnungen ein Fehler durch die Eintragung in eine unrechte Kolumne. So kann in einer Rechnung, um an einem einfachen Falle die Sache anschaulich zu machen, eine besondere Kolumne für die Einnahme oder Ausgabe in Silbermünze und für die in Golde oder in Papiergeld sich finden, und jede dieser Kolumnen kann weiter abgetheilt seyn in Rthlr. Gr. Pf. oder in Mk. und ß. oder in Fl. und Xr. Wenn nun 20 Rthlr. zur Berechnung in Golde, statt in Münze, gekommen wären, oder wenn man aus Irrthum 20 in die Kolumne der Thaler, statt der Groschen, gebracht hätte: würde dann ein Rechnungsfehler vorhanden seyn? Entspricht das Eintragen in die Kolumne den Umständen, welche der Rechnung zum Grunde liegen: so kann es für keinen Rechnungsfehler gelten, da sich der Rechner nur durch diese Umstände hat leiten lassen, mithin seiner Seits kein Vergreifen in Ansehung der gegebenen Größen geschehen ist. War hingegen die Eintragung nicht nach Anleitung jener Umstände erfolgt: so ist ein Rechnungsfehler begangen; denn es ist unmöglich, daß dann die Auflösung (die Summe der in die Kolumne eingetragenen Ansätze) mit der Aufgabe (den einzelnen zur Berechnung verstellten Ansätzen) zusammentreffe. Man denke sich, es soll jemand aus beigebrachten Quittungen eine Rechnung über die Ausgabe aufstellen, und es findet sich in einer Quittung der Beleg zu den Ausgaben von 5 Rthlr., 3 Rthlr. und 20 Gr. Werden nun 5 Rthlr., 3 Rthlr. und 20 Rthlr. (statt 20 Gr.) in der Rechnung aufgeführt und 28 Rthlr. als Summe angegeben: so ist es ein Verstoß gegen die mathematische Wahrheit, indem jene Ansätze nur die Summe

von 8 Rthlr. 20 Gr. ergeben. Wären indessen in der Quittung selbst 20 Rthlr. angesetzt, z. B. als der Kaufpreis irgend einer Sache; wären jedoch nur 20 Gr. wirklich bezahlt worden: so würde kein Rechnungsfehler begangen seyn, wenn der Aufsteller der Rechnung 20 Rthlr. in Ausgabe gebracht hätte; denn in diesem Falle steckt der Fehler in der ihm vorgelegten Aufgabe, in der Quittung.

§. 9.

Was in dieser Abhandlung von dem Rechnungsfehler in der Arithmetik gesagt ist, das gilt auf ähnliche Weise auch von einem Fehler in allen übrigen mathematischen Operationen. Wäre namentlich die Aufgabe, wie viel □ Ruthen jenes Stück Land enthielte, und der Landmesser gäbe statt 100 Ruthen, die das Stück wirklich enthält, nur 98 an: so würde diese Auflösung gegen die mathematische Wahrheit verstoßen, daß jenes Stück Land 100 Ruthen enthalten muß.

Die hier entwickelten Grundsätze in ihrer Anwendung auf das kaufmännische Credit und Debet (§. 7) genehmigte die Göttinger Fakultät im J. 1819 in Sachen Rüssel zu Haselüne w. Többen.

27.

Wie benehmen sich Makler und ihre Gehülfen bei Besorgung von Landstellen und Abschliessung von Ehebündnissen? Actio de dolo. Consilium fraudulentum eines Curatoris sexus. Condictio indebiti.

---

§. 1.

Im Spätsommer 1826 wendet sich ein unverheiratheter Landmann, namens Dambeck, welcher bisher im Mecklenburgischen eine Pachtstelle gehabt, an seinen vieljährigen vermeintlichen Freund, den Kommissionsrath Hinze zu Trittau im Holsteinschen, um sich eine passende Landstelle nachweisen und verschaffen zu lassen, nach Umständen auch eine Frau. Hinze lebt von Makler- und Kommissionsgeschäften, besonders von solchen, welche Kauf und Pacht von Grundstücken betreffen. Den Auftrag auszurichten, begiebt sich Hinze im Septbr. 1826 zu seinem vieljährigen Bekannten, dem Pächter D... zu Arensburg, und bittet diesen, ihn auf einer Geschäftsreise zu begleiten, indem er denselben mit Dambeck's Auftrage bekannt macht. D..., mit Dambeck völlig unbekannt und sich mit dergleichen Geschäften gewöhnlich nicht befassend, giebt doch Hinze's dringenden Bitten nach und fährt nach dem Heidkruge. Dies ist eine Pachtung, welche eine hübsche rüstige Witwe bewirthschaftete. Hier finden Hinze und D..., bei dem ersten entfernten Antrage einer Verheirathung mit einem wohlhabenden Landmanne, sogleich ein williges Gehör. Mutter mehrerer Kinder aus zwei früheren Ehen, und wegen mehrerer bedeutender Pachtrückstände in täglicher Gefahr, ihre Pachtung und mit ihr den Broderwerb zu verlieren, überdies vorgeb-

lich durch kein Verlöbniß gebunden, erklärte die Witwe Jörs es für ein glückliches Ereigniß, wenn man ihr einen Mann zuführen würde, welcher Mittel habe, das Pachtstück zu erhalten. Sich für die Erfüllung zu bemühen, bittet sie beide, D... und Hinze. Gleich anfangs aber macht D... die Witwe Jörs darauf aufmerksam, daß Hinze, welcher von Kommissionsgeschäften ähnlicher Art lebe, sich nicht ernstlich für sie bemühen werde, wenn sie ihm nicht auf den Fall, daß er die Sache glücklich zu Stande brächte, eine passende Summe als Remuneration verspräche. Die Witwe sieht dies ein und läßt durch D... bis zu 200 Rthlr. Hinze'n als Provision anbieten. Weil aber mit dieser Summe Hinze nicht zufrieden ist: so kehren Hinze und D... heim, ohne daß wegen der Provision etwas weiter zu Stande kommt.

§. 2.

Nach diesem ersten Besuche sucht die Witwe Jörs das Mitleid des Pächters D... mit ihrer Lage durch Briefe und Besuche rege zu erhalten; die Theilnahme wird durch Entdeckung einer zwischen ihr und ihm bestehenden Schwägerschaft verstärkt. Auf ihr wiederholtes Flehen um seinen Beistand in Betreibung ihrer Verheirathung, macht indessen D... bemerklich, daß dabei alles auf Hinze ankommen werde, und dieser habe sich zulezt dahin gegen ihn geäußert, er könne sich ihrenthalben nicht für weniger als 300 Rthlr. ernstlich bemühen. Endlich entschließt sie sich, diese Forderung zuzugestehen, indem sie, wie D... behauptet, zugleich äussert: Sie könne auch mit gutem Gewissen Hinze'n jene Summe geben, da sie reichlich so viel an Schulden ihres verstorbenen Mannes bezahlt habe, und wenn sie die bezahlten Pöste nun unter den von ihrem künftigen Ehemanne zu übernehmenden Schulden mit aufführe und angebe, daß sie solche durch eine von D... erhaltene Anleihe abgetragen habe: so könne sie dadurch die 300 Rthlr. decken.

Inzwischen hatte der Kommissionsrath Hinze den Landmann Dambeck ersucht, persönlich zu erscheinen, um unter mehrern Landstellen auch den Heidkrug mit dessen Besitzerinn in Augenschein zu nehmen und dann selber zu wählen. Beide kommen darauf im Anfange Oktobers zu dem Pächter D... nach Arensburg und begeben sich mit diesem nach dem Heidkruge zu der Witwe Jörs. Mit dieser wird Dambeck bald einig, selbst in dem Punkte, daß der Bräutigam die Schulden der Braut übernehmen solle. Auch der Kommissionsrath Hinze ward zufrieden gestellt; ihm hatte die Witwe Jörs durch D... 300 Rthlr. Provision versprechen lassen, für deren Bezahlung sich D... verbürgte, anfangs mündlich, hernach schriftlich. Als nun das Verzeichniß der Schulden der Witwe Jörs aufgemacht wird, gehen darin die 300 Rthlr. Provision mit über, indem die Braut diese Summe dem Pächter D... schuldig zu seyn vorgiebt und auf diese Weise ihren Liebhaber täuscht. Daß diese Untersuchung der Schuldenlast von D... allein oder doch mit geschehen sei, steht fest; ob D... jedoch in Dambeck's Auftrage die Untersuchung vorgenommen, wie Dambeck behauptet, oder ob D... namens der Witwe Jörs gehandelt, wie er selber vorgiebt, ist zweifelhaft geblieben.

Bald nachher, am 10. Oktbr. 1826, werden die Ehepakten gerichtlich vollzogen. D... handelt dabei als Geschlechtsvormund der Witwe Jörs [1]). Eine ausdrückliche Verabredung lautete dahin, daß der Bräutigam alle Schulden der Braut, die auf 1314 Rthlr. angegeben waren, vor Vollziehung der Ehe berichtigen solle.

Schon am Tage darauf übergiebt Dambeck seinem Freunde Hinze zur Erfüllung dieser Verabredung eine Summe Geld, wovon ein Theil zur Deckung der Pachtrückstände gerichtlich deponirt, die Summe jener 300 Rthlr. aber von

---

1) In Holstein gilt auf dem Lande das Sachsenrecht; daher die cura sexus.

Hinze zurückbehalten wird. Hinze nämlich äußert gegen Dambeck, daß D... sein Geld, das vorgespiegelte Darlehn, sofort zu haben wünsche. D... erhält seinen, der Provision halber ausgestellten, Bürgschein zurück, und quittirt dagegen über den Empfang der angeblich von ihm der Witwe Jörs geliehenen 300 Rthlr. Nach D...'s Behauptung ist es an diesem Tage so zugegangen: Hinze diktirt ihm einen Schuldschein in die Feder, worin die Witwe Jörs bekennt, von D... nach und nach 300 Rthlr. als Anleihe empfangen zu haben, D... datirt diesen Schein, um dem verschleierten Geschäfte einige Wahrscheinlichkeit zu geben, vom 1. September 1826 und quittirt sofort den Empfang vom 11. Oktober. Auch diese Quittung diktirt Hinze.

§. 3.

Doch die so geschlossene Eheberedung ging zurück, und zwar, wie Dambeck vorgiebt, besonders deshalb, weil er zu der Vermutung gekommen, daß er betrogen sei. Nach Uebereinkunft beider Theile wurden am 27. Novbr. 1826 die Ehepakten gerichtlich wieder aufgehoben, unter Vorbehalt des Regresses gegen die Witwe Jörs in Betreff der Zahlungen, welche der bisherige Bräutigam für sie geleistet hatte. Bei dieser Gelegenheit und anscheinlich in der Absicht, gegen einen Anspruch sich möglicher Weise sicher zu stellen, machte die Witwe Jörs bemerklich, sie habe an D..., ihren Vetter und Kurator, jenen Schuldschein auf 300 Rthlr. ausgestellt, ohne darauf etwas empfangen zu haben, Dambeck habe selbigen eingelöst und das Geld sei an Hinze als Prämie für die Eheberedung ausgezahlt. Von dieser Aeußerung nahm das Justitiariat des adelichen Gutes Borstel Anlaß, eine amtliche Untersuchung in puncto falsi gegen Hinze, D... und Witwe Jörs einzuleiten, worauf am 3. Decbr. 1827 das Urtheil eröffnet wurde:

daß sämmtliche Inkulpaten ab instantia zu absolviren, jedoch in die Erstattung der Untersuchungskosten in

solidum zu verurtheilen, auch die Civilansprüche auf Entschädigung rechtlicher Verhandlung vorzubehalten.

§. 4.

Nun erhob Dambeck eine Klage wider den Pächter D..., indem er die Erstattung jener 300 Rthlr. nebst Ersatz des Schadens, welcher ihm sonst noch aus der Abschliessung der Ehepakten entstanden, begehrte. Seine Klage bei dem Justitiariate des adelichen Gutes Arensburg suchte er 1) durch die Anführung zu begründen, daß ihm der Beklagte ex delicto hafte. Kläger sei nämlich über den wirklichen Schuldenzustand der Witwe Jörs bei Abschliessung der Ehepakten getäuscht worden, und an dieser Täuschung habe Beklagter insofern Theil genommen, als er über eine angeblich ex mutuo herrührende Schuld der Witwe Jörs, zum Betrage von 300 Rthlr., einen Wechsel an sich ausstellen lassen und über deren Zahlung eine Quittung unterschrieben, ungeachtet er von derselben ex mutuo nichts zu fordern gehabt. 2) Beklagter sei durch einen von dem Kläger ihm ertheilten Auftrag, sich genau nach den finanziellen Umständen der Witwe Jörs zu erkundigen, Mandatar des Klägers geworden; er habe jedoch, indem er den Kläger auf die angegebene Weise getäuscht, einen dolus, wenigstens eine unverzeihlich leichtsinnige culpa lata, auf sich geladen und sei deshalb zum Schadensersatze verpflichtet. 3) Ebenfalls zu der condictio indebiti glaubte Kläger wider den Beklagten befugt zu seyn; denn die 300 Rthlr., sagte der Kläger, habe er an den Beklagten in dem entschuldbar irrigen Glauben bezahlt, daß die Witwe Jörs selbige dem Beklagten wirklich schuldig sei, und dieser habe die Zahlung ohne Zweifel deshalb entgegen genommen, weil er sich dazu wegen der übernommenen Bürgschaft für befugt erachtet habe. Würde aber Lezteres geläugnet: so würde Beklagter 4) der condictio furtiva ausgesetzt seyn.

Die Vernehmlassung des Beklagten, ohne eigentliche

Einreden zu enthalten, beschäftigte sich damit, die Unzulässigkeit der Klage in ihren verschiedenen Fundamenten darzustellen. Dieses geschah mit so gutem Erfolg, daß das Untergericht den Kläger mit seiner Klage abwies, die Kosten jedoch gegen einander verglich. Allein auf die vom Kläger eingewandte Appellation erkannte das Holsteinsche Landgericht in der Sitzung des Jahres 1829 für Recht, daß Beklagter die fraglichen 300 Rthlr. nebst Zinsen seit erhobener Klage zu erstatten schuldig sei.

§. 5.

Im Begriff, die Rechtmäßigkeit des landgerichtlichen Urtheils zu prüfen, bedauren wir lebhaft, die Gründe nicht zu kennen, welche in der Untersuchungssache eine Verurtheilung der Inkulpaten gehindert haben. So viel liegt am Tage, daß man die in Frage befangene Täuschung für eine an sich strafwürdige Handlung erachtet und daß man lediglich an dem Beweise der einem jeden Inkulpaten beigemessenen Schuld einen Mangel zu verspüren geglaubt habe. Sonst hätte, statt der Absolution von der Instanz, völlige Freisprechung erfolgen müssen.

Was die Civil-Ansprüche betrifft: so hat der Kläger, dem Anschein nach, den Pächter D... um deswillen zunächst belangt, weil er diesen vorzugsweise für zahlfähig halten mogte. War die Klage gegründet? Sie wurde hauptsächlich auf ein Delikt des Beklagten gestützt, und ohne Frage hat derselbe so viel gestanden, daß man ihn der Theilnahme an einer dem Kläger gespielten Fälschung oder Betrügerei zeihen muß, so milde auch die Sache aus dem moralischen Gesichtspunkte erscheinen mag. Kläger selbst läßt die gelindeste Ansicht vorwalten, indem er ohne weitere Bezeichnung ex delicto klagt und in dem Appellationslibell seine Klage eine actio in factum nennt, obwohl die Stattfindigkeit der actio de dolo im vorliegenden Falle nicht zu bezweifeln steht.

Des Beklagten Anwald hatte mit vielem Talente die

Unzulässigkeit der Klage zu zeigen gesucht. Geständig zwar der Theilnahme an der Täuschung des Klägers, berief der Beklagte sich darauf, daß er aus bloßem Mitleiden mit der hülfsbedürftigen Lage der Witwe Jörs gehandelt und nicht den geringsten Vortheil aus der Sache gezogen habe, daß ferner die ganze Simulation weder darauf gerichtet, noch dazu geeignet gewesen wäre, den Kläger zur Eingehung der Ehepakten hinterlistiger Weise zu bewegen, oder ihn auch nur dabei zu übervortheilen. Allein zugegeben, daß D... nicht aus Eigennutz gehandelt habe: so hat er sich doch offenbar der Theilnahme an einem doppelten Vergehen schuldig gemacht. Nicht nur hat er mitgewirkt, Dambecks Geschäftsführer, den Kommissionsrath Hinze, durch Auslobung einer Geldsumme zu bestechen und ihn zur Treulosigkeit gegen seinen Mandanten (quasi Praevaricatio) zu verleiten oder denselben darin zu bestärken, sondern er hat zugleich dazu beigetragen, Dambeck auf eine arglistige Weise zu übervortheilen. Da aus der Ehe nichts geworden ist und hier nur die civilrechtliche Klage in Frage steht: so ist es nicht nöthig auszuführen, wie sehr Dambeck's Lage, in Absicht auf das ganze Geschäft, durch die Bestechung seines Geschäftsführers gefährdet wurde; aber unverkennbar wurde Dambeck, was hier allein von Bedeutung ist, durch Vorspiegelung einer Schuld, die nicht vorhanden war, in Schaden gebracht. Freilich hatte Dambeck sich anheischig gemacht, die auf 1314 Rthlr. angegebenen Schulden seiner Verlobten zu bezahlen, und in dieser Summe steckten die fraglichen 300 Rthlr. Allein ohne einmal darauf Rücksicht zu nehmen, daß sein Anwald eben deshalb, weil er von der andern Partei gewonnen war, ein gewissenhafter Rathgeber zu seyn aufgehört hatte, und um des Eigennutzes Willen zur Abschliessung des Verlöbnisses beitrug: so läßt sich doch wenigstens so viel nicht bezweifeln, daß Dambeck zur Bezahlung der fraglichen 300 Rthlr. sich nicht würde verbunden haben, wenn ihm das wahre Verhältniß bekannt gewesen wäre.

Oder liesse es sich vernünftiger Weise denken, daß jemand freiwillig die Summe bezahlte, die zur Bestechung seines eigenen Mandatars ein Dritter ausgelobt hätte? Ja, wäre im Augenblick der abzuschliessenden Eheberedung die wahre Bewandniß, die es mit den 300 Rthlr. hatte, Dambeck'en bekannt geworden, und hätte er sich dessen ungeachtet bestimmen können, die Partie mit der Witwe Jörs abzuschliessen: so würde er so wenig als seine Braut eine rechtliche Veranlassung gehabt haben, die simulirte Schuld zu bezahlen. Diese war gegen die Witwe Jörs auf keinen Fall klagbar, eben weil sie auf einem unerlaubten Versprechen beruhete; nicht einmal eine moralische Verbindlichkeit durfte angenommen werden, weil die Moral nicht verpflichtet, ein unerlaubtes Versprechen zu erfüllen. Ob übrigens D... aus Eigennutz gehandelt, darauf kommt es nicht an; auch aus Mitleiden oder Freundschaft darf niemand einen Dritten widerrechtlich verkürzen. Es ist ein übel verstandenes Mitleiden, welches auf Kosten eines Dritten empfunden und bethätigt wird. Selbst in solchen Fällen, die unvergleichlich stärker zum Mitleiden auffordern, als in unserm Falle die Lage der Witwe Jörs, wird die mitleidige, einen Dritten beeinträchtigende Handlung, als widerrechtlich betrachtet [2]). Hatte indessen D... in der That den Glauben, jemand dürfe zweien Herren dienen: so mußte er natürlich auch die Ueberzeugung hegen, seine Bürgschaft wegen der Belohnung, welche die Witwe Jörs dem Kommissionsrathe Hinze versprochen, wäre rechtsverbindlich. In dieser Ueberzeugung aber lag ihm gar sehr daran, daß die Witwe Jörs ihr Versprechen erfüllte; daher kann man ihn von Eigennutz nicht ganz freisprechen, wenn er durch eine falsche Vorspiegelung Dambeck zur Bezahlung der verbürgten Schuld zu bestimmen suchte.

---

[2]) 7. §. 7. D. 4, 3. de dolo malo. 7. pr. D. 16, 3. depositi. 14. §. 2. D. 48, 3. de custodia reorum.

Ferner wurde von Seiten des Beklagten darauf Bezug genommen, daß die höhere Angabe der Schulden, womit die Witwe Jörs verhaftet war, den Kläger von Eingehung der Eheberedung eher hätte abhalten, als dazu bestimmen können, und daß derselbe umgekehrt, wenn die Schuldenlast geringer wäre angegeben worden, sich zu beklagen ein Recht gehabt hätte. Dieser Einwand ist in sofern unzutreffend, als der Kläger sich darüber beschwert, man habe ihn durch Hinterlist zur Uebernahme und Bezahlung einer Schuld verleitet, welche gar nicht vorhanden gewesen sei.

Jedoch war die Klage zugleich auf Ersatz des sonstigen Schadens gerichtet, welchen der Kläger durch Abschliessung der Ehepakten angeblich erlitten hat, und in dieser Beziehung ist es freilich wahr, daß die höhere Angabe der Schulden weit eher von Eingehung des Verlöbnisses hätte abhalten, als dazu bewegen können. Bleibt dieses indessen eine bloße Möglichkeit: so ist dagegen so viel ausgemacht, daß Dambeck sich durch den Kommissionsrath Hinze bei der Unterhandlung mit der Witwe Jörs leiten ließ, nachdem er sich demselben in der Bewerbung um eine Holsteinsche Landstelle, nach Gelegenheit mit einer Frau, anvertrauet hatte; daß jedoch sein Geschäftsführer durch heimliche Bestechung von Seiten der andern Partei dergestalt gewonnen war, daß ihm um der Belohnung Willen die Vollziehung der Ehestiftung am Herzen liegen mußte; daß eben deshalb Dambeck einen guten Grund zu der Behauptung hatte, als wäre er hinterlistiger Weise zur Abschliessung der Ehepakten verführt, und daß daher der Beklagte D..., da er zu der Bestechung mitgewirkt, verbunden ist, den Schaden zu ersetzen, welchen durch die arglistiger Weise veranlaßte Verlobung der Kläger mag erlitten haben.

Umgekehrt hatte Beklagter sich gelegentlich damit zu entschuldigen gesucht, daß ohne die Simulation es nicht möglich gewesen wäre, die Ehepakten zu Stande zu bringen. Allein eine Art von dolus bonus, um etwa zu Dambeck's

Vortheil zu handeln, ist ganz unerfindlich; im Gegentheil beweisen die Akten, daß es auf Dambeck's Berückung abgesehen war. Hätte sich blos in Hinze's Person ein Hinderniß in den Weg gestellt und wäre sonst die Partie für Dambeck vortheilhaft gewesen: so hätte es der Bestechung nicht erst bedurft, um den Heirathslustigen anzuziehen.

Sodann suchte der Beklagte anschaulich zu machen, daß der Kläger einen etwanigen Schaden nicht durch Abschliessung der Ehepakten könne erlitten haben, sondern nur durch deren Wiederaufhebung und etwa dadurch, daß er in Folge der Ehepakten Zahlungen für die Witwe Jörs gemacht habe, bevor die Ehe wirklich vollzogen gewesen. Daran aber sei Beklagter durchaus unschuldig. Freilich hat Kläger das Verlöbniß durch gütliche Uebereinkunft aufgehoben; allein der eingeklagte Schaden hängt mit dieser Aufhebung nicht zusammen. Selbst im Falle des Fortbestehens der Verlobung würden die Ansprüche, welche dem Kläger aus der Betrügerei entstanden, dieselben geblieben seyn, indem nicht abzusehen ist, aus welchem rechtlichen Grunde der Beklagte alsdann eine Befreiung von der aus seinem dolosen Benehmen entstandenen Verbindlichkeit zu erwarten gehabt hätte. Eben so wenig hat der Beklagte Ursache, den Anspruch deshalb zurückzuweisen, weil Kläger vor Vollziehung der Ehe die 300 Rthlr. bezahlt, da er doch nach der Ehestiftung erst später zu zahlen verbunden gewesen wäre. Weil dem Kläger zur Zeit der Zahlung die Betrügerei noch nicht entdeckt war: so würde ihm die frühere Erfüllung einer vermeintlich rechtmäßigen Verbindlichkeit nicht zum Vorwurf gereichen können, wenn nicht obendrein hinzuträte, daß der Beklagte selbst es ist, welchem die Zahlung nach der Meinung des Klägers geschah, und welcher in dieser Meinung den Kläger durch Ausstellung der Quittung bestärkte.

Uebrigens hätte es vielleicht zweifelhaft seyn können, ob nicht der Beklagte befugt gewesen wäre, die Einrede der Vorausklage der Witwe Jörs oder des Kommissionsrathes

Hinze vorzuschützen, in Betracht daß die actio de dolo nur aushülfsweise Statt findet, und gegen jene beiden allerdings aus einem Vertrage konnte geklagt werden, daß aber wider den Beklagten zunächst nur ex dolo die Begründung der Klage versucht wurde, obschon der Kläger ex delicto und in factum zu klagen angab. Doch eine solche Einrede war in der untern Instanz, wo sie allein Platz greifen konnte, nicht vorgebracht, anscheinlich deshalb, weil jene beiden Personen kein Vermögen haben. Auch scheint Höpfner allerdings Beifall zu verdienen, wenn er dafürhält, daß man diejenigen Beschränkungen der actio de dolo, welche aus der Eigenschaft derselben als einer actio famosa abzuleiten sind, heutiges Tages als unpraktisch zu betrachten habe, nachdem die Römische Infamie bei uns keine Anwendbarkeit mehr leidet [3]). Die subsidiäre Natur der actio de dolo aber wurde aus der Infamie erklärt, welche den verurtheilten Beklagten traf [4]).

§. 6.

Der zweite Klagegrund, der Auftrag, fällt eigentlich mit dem ersten zusammen, indem der Kläger sich wieder auf den Dolus beruft, dessen sich der Beklagte bei Ausrichtung des Auftrages, den Schuldenbestand der Witwe Jörs zu untersuchen, schuldig gemacht habe. Beklagter läugnet einen solchen Auftrag und behauptet dagegen, er habe bei der Untersuchung der Schulden als Beistand der Witwe Jörs, bei Abschliessung der Ehepakten als deren Geschechtsvormund gehandelt. Dieser leztere Umstand ist ausgemacht, und da durch die gerichtlichen Ehepakten die Uebernahme der Schulden jedenfalls festgestellt wurde: so könnte man den Beklagten nur aus dem Gesichtspunkte eines Geschlechtsvormundes betrachten, und dennoch würde er in dieser Eigen-

---

[3]) Höpfner, Kommentar der Instit. §. 1008.

[4]) 1. §. 4. D. 4, 3. de dolo malo.

schaft dem Kläger verhaftet bleiben. Wie locker auch das Verhältniß seyn mag, welches zwischen einem Frauenzimmer und dessen Geschlechtsvormunde Statt findet, so entspricht es doch den ersten Pflichten desselben, daß er keinen gewissenlosen Rath ertheile und daß er in Berührung mit Dritten nicht zu einem widerrechtlichen Betragen auffordere oder seine Kurandinn darin bestärke. Wozu diente die ganze cura sexus, wenn der Kurator nicht berufen wäre, weibliche Unbesonnenheiten durch männliche Einsicht zu zügeln? Die Redlichkeit darf der Vormund auch dann nicht aus den Augen setzen, wenn namens des Pflegbefohlnen er dritten Personen gegenüber steht [5]). Eben darin, daß der Beklagte als Curator sexus an der Täuschung des Klägers über den wahren Schuldenbestand Theil nahm, als in den Ehepakten die Uebernahme der Schulden verabredet wurde, liegt ein neuer Grund der Verbindlichkeit, den durch diese Widerrechtlichkeit veranlaßten Schaden zu ersetzen.

Der dritte Klagegrund, die solutio indebiti, war nicht wohl gewählt, da der Beklagte sich nicht bereichert fand, die Bereicherung jedoch ein nothwendiges Erforderniß der cond. ind. ist [6]). Zwar hatte er mit den empfangenen 300 Rthlr. seine Bürgschaft getilgt; allein diese zu erfüllen, hatte er weder eine klagbare noch natürliche Obliegenheit; mithin zog er aus der Tilgung derselben keinen Vortheil. Die condictio furtiva hingegen zu erörtern, ist vollends überflüssig, da auch hierbei alles auf den Dolus des Beklagten hinausläuft.

§. 7.

War demnach die Klage auf Schadensersatz durch die

---

[5]) 9. §. 6. D. 26, 7. de administ. et periculo tutorum.

[6]) 8. 14. 65. §. 8. fr. 66. D. 12, 6. de cond. indeb. Boehmer, Introd. in jus Dig. eod. tit. Weber, von der natürl. Verbindlichkeit §. 35. v. Wening-Ingenheim, Gem. Civilrecht III. §. 238.

eingestandene Theilnahme an der hinterlistigen Täuschung begründet und bewiesen: so begreift man nicht, warum die Verurtheilung sich, außer der Erstattung der 300 Rthlr., auf die Zinsen vom Tage der erhobenen Klage beschränkt hat. Die Zinsen vertreten die Entschädigung für den entbehrten Genuß einer Geldsumme; der Kläger durfte eine solche Entschädigung außer seinem Kapitale begehren; und sollte diese Entschädigung vollständig seyn: so mußten die Zinsen seit dem Tage der Auszahlung, und nicht erst seit dem Zeitpunkte der erhobenen Klage, zuerkannt werden. Anders würde es sich verhalten, wenn hier von einem bloßen Verzuge die Rede gewesen wäre.

Daß auf keinen anderen Schaden das Landgericht erkannt hat, mögte vielleicht daher zu erklären seyn, weil eines Theils die Umstände, woraus Kläger seinen übrigen, auf 500 Rthlr. angeschlagenen Schaden, ableitete, nicht von der Art waren, daß sie ernstliche Beachtung bei der Frage verdienten, ob dem Kläger gerade durch die Abschliessung der fraglichen Ehepakten, oder vielmehr durch die dabei eingetretene Simulation, ein Schaden entstanden sei; andern Theils auch die Ehepakten durch gütliche Uebereinkunft, mithin durch freie Mitwirkung des Klägers selbst, und nicht in Folge des entdeckten Betruges, wovon der Kläger nur eine Ahnung gehabt zu haben vorgiebt, wieder aufgehoben waren.

28.

Der Geber einer Summe Geld oder einer andern Sache kann die Rückforderung nicht durch den bloßen Empfang begründen.

§. 1.

Obgleich nach rechtlichen Grundsätzen durchaus verwerflich, wird doch häufig in der Praxis die Meinung verfochten, als ob der Empfang einer Sache eine causa debendi enthalte, in dem Sinne, daß der Geber auf die Zurückgabe zu klagen befugt sei, wenn er auch weiter nichts, als daß der Beklagte die Sache empfangen, zur Begründung seines Anspruchs anzuführen vermögte; daß eben deshalb der Empfänger zur Erstattung verbunden sei, wenn er nicht einen Grund anzuführen wisse, warum ihm die empfangene Sache rechtlich gebühre. Zur Vertheidigung einer solchen Meinung pflegt man anzuführen, Schenkungen seien nicht zu vermuten, mithin könne der Empfänger von der Erstattung nur dann frei kommen, wenn er nachweise, daß auf Seiten des Gebers eine Verbindlichkeit vorhanden gewesen sei, die Sache zu geben. Nichts kann irriger seyn. Lag dem Geber keine Verbindlichkeit ob, und er übergab dennoch eine Sache: so verschenkt er dieselbe, und gesetzt auch, er hätte die Absicht einer Schenkung nicht gehabt: so kann er doch nur unter der Voraussetzung, daß er aus Irrthum gehandelt, das Gegebene zurückfordern. Dieses bringen die bekannten Grundsätze der condictio indebiti mit sich. Paulus drückt dieses mit wenig Worten aus: Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est [1]). Mithin

---

[1]). 53. D. de regulis juris.

besteht das Fundament, worauf die Zurückforderung einer gegebenen, nicht schuldigen Sache sich stützt, in dem Irrthume. Lag aber dem Geber eine Verbindlichkeit ob: so würde er das Gegebene nur dann zurückfordern dürfen, wenn er nachzuweisen vermögte, daß der Empfänger aus irgend einem Grunde zur Erstattung verbunden wäre, wie z. B. aus dem Darlehn, der Miete, oder aus dem Empfange ob turpem causam, causa data causa non secuta, sine causa u. s. w. Wäre es vielleicht erlaubt, die condictio sine causa anzustellen, um das Gegebene zurückzufordern, ohne Anführung eines andern Fundaments, als weil der Empfänger die Sache erhalten, ohne daß der Kläger zu dem Geben verbindlich gewesen sei? Gewiß nicht. Die condictio sine causa setzt zu ihrer Begründung voraus, daß der Beklagte ohne einen rechtlichen Grund das Empfangene zurückbehalte, wie namentlich, wenn das Geschäft, in Folge dessen man erfüllte, nichtig ist. Aber eben darin, daß der Geber wissentlich etwas gegeben, was er zu geben nicht verpflichtet war, liegt für den Empfänger eine justa causa, die Gabe zu behalten, so lange der Geber weiter keinen andern Grund, als das Geben allein, für die Rückforderung anzuführen vermag [2]).

§. 2.

Um das Angeführte mehr zu beleben, mögen nur zwei Rechtsfälle in der Kürze hier Platz finden. Eine Schwiegermutter klagte gegen ihren Schwiegersohn auf Rückzahlung von 100 Laubthalern, weil er diese Summe darlehnsweise von ihr empfangen habe. Der Beklagte gestand den Empfang, läugnete jedoch die Anleihe, und führte zur Erläuterung an, jene 100 Lthlr. wären ein Theil der Mitgift gewesen. Die Klägerinn hingegen läugnete replicirend, die eingeklagte Summe als Mitgift gegeben zu haben, und

---

[2]) Vgl. Langen und Kori, Erörterungen praktischer Rechtsfragen aus dem gem. Sächs. Civilrechte und Civilproc. I, 1.

suchte nun durchzuführen, daß der Beklagte, nachdem er den Empfang gestanden, seine von ihr in Abrede gestellte Behauptung einer Mitgift beweisen müsse, sie aber mit dem Beweise eines Darlehns nunmehr zu verschonen sei. Ohne Bedenken legte die Göttinger Fakultät der Klägerinn den Beweis ihres Klagegrundes, des Darlehns, auf; dem Beklagten wurde insbesondere der Gegenbeweis, daß das Empfangene Mitgift gewesen, vorbehalten.

Eine Witwe als Erbinn ihres Mannes klagte wider dessen Schwägerinn auf Bezahlung einer Summe von 2167 Mk. Zur Begründung der Klage wurde angeführt: Die Beklagte habe mit ihrem Manne stets in dürftigen Umständen gelebt und deshalb nicht selten die gefüllte Kasse ihres Schwagers, Erblassers der Klägerinn, in Anspruch genommen. Darüber seien 1804 und 1806 zwei Obligationen ausgestellt. Seit 1806 habe Beklagte mit ihrem Ehemanne aufs neue jeden Augenblick etwas erhalten, welches der Erblasser in seinem Rechnungsbuche notirt und welches sich auf 2167 Mk. belaufe, ohne daß dazu die Pöste gerechnet worden, welche als der Beklagten geschenkt notirt ständen. In der Vernehmlassung läugnete Beklagte den Empfang bis auf eine Kleinigkeit, und stellte jedes Darlehn in Abrede. Replicirend hob die Klägerinn hervor, daß ihr Klagegrund keineswegs eine geschehene Anleihe sei, sondern daß sie nur auf Rückzahlung einer nach und nach von dem Erblasser der Klägerinn empfangenen Summe geklagt habe; daß daher Beklagte, falls sie den Empfang nicht zu läugnen vermöge, irgend einen Titel beweisen müsse, um von der Rückzahlung befreiet zu werden.

Hierauf erkannte der Magistrat der Stadt Tönningen: daß Klägerinn zu erweisen schuldig, daß ihr verstorbenen Ehemann der Beklagten die libellirte Summe angeliehen habe. Da jedoch die Klage auf eine Anleihe sich nicht stützte, der bloße Empfang aber keine causa debendi enthält: so wäre richtiger die Klage als unbegründet abzu-

weisen gewesen. Auf eingelegte Appellation der Klägerinn bestätigte das Schleswigsche Obergericht jenes Urtheil, dem Antrage der Beklagten gemäß. (1825 i. S. Kröber w. Christiansen). Der Appellationslibell fordert indeß noch zu ein Paar Bemerkungen auf.

Wer jemanden auf die Frage: Kannst du mir nicht einige Thaler geben? das Erbetene eingehändigt, der brauchte, meinte die appellirende Klägerinn, vernünftiger Weise, nichts weiter als das Geben darzuthun. Richtig unter Umständen, weil ein Darlehn auch durch stillschweigende Einwilligung zu Stande kommt. Aber immer müßte der Geber das Darlehn zum Fundament seiner Klage machen, und, in Ermangelung einer ausdrücklichen Verabredung, die Umstände anführen, aus welchen die Uebereinkunft eines Darlehns gefolgert werden soll, diese Umstände überdies demnächst beweisen, wenn dieselben geläugnet würden.

Appellantinn bezog sich ferner darauf, daß in ihrem und ihres Mannes schon im Jahre 1797 wechselseitig errichteten Testamente ein Legat von 10000 Mk. der Appellatinn ausgesetzt worden. Sie suchte daraus zu folgern, daß ihr Erblasser die eingeklagten 2167 Mk. nach und nach zwar zu dem Zweck gegeben habe, damit die Appellatinn keine Noth leide, aber doch nicht in der Absicht, das Gegebene zu schenken, vielmehr unter der Voraussetzung, daß dasselbe demnächst an dem Legat gekürzt werde. Allein die Appellantinn hatte in der Klage die Vorauszahlung auf das Legat nicht als Fundament angeführt. Wäre es geschehen: so wäre die Klage an sich begründet gewesen; es hätte jedoch in Ansehung des Beweises die Einlassung der Beklagten entscheiden müssen, so wie ein solcher Klagegrund in Betreff seines Bestandes noch von den Einreden der Beklagten abhängig gewesen wäre. Doch darüber war in erster Instanz gar nicht verhandelt.

29.

Von der dem Fiskus zuständigen Rückforderung dessen, womit sein Schuldner einen andern Gläubiger befriedigt hat.

§. 1.

Ueber das außerordentliche Recht des Fiskus, dasjenige zurückzufordern, was ein Gläubiger von einem fiskalischen Schuldner in Zahlung erhalten hat, geben die Lehrbücher entweder gar keine, oder eine nur unbefriedigende Auskunft. Abgesehen von einem, unter Galba erlassenen Edikte des Aegyptischen Präfekten Tiberius Julius Alexander, welches Cailliaud im J. 1818 bei dem Flecken El Khargeh in der großen Oase in einer Inschrift an einem Tempelpfeiler entdeckte, und wornach jene Rückforderung noch als ein Misbrauch der Beamten des Fiskus erscheint [1]), enthalten folgende Stellen die Quellen jenes außerordentlichen Rechtes. Nachdem nämlich Marcian von der persönlichen Befähigung der Delatoren in seinem lib. sing. de delatoribus gesprochen, fährt er fort:

> Papinianus tam libro sexto, quam undecimo Responsorum scribit, ita demum publicam auferri pecuniam ei, qui, cum erat creditor, in solutum (al. in solidum) pecuniam accepit, si aut sciebat, cum accipiebat, publicum quoque esse debitorem,

---

1) Vgl. Rudorff's gründliche Abhandlung über das Edikt des Tib. Jul. Alexander, im Rheinischen Museum von Niebuhr und Brandis. Jahrg. 2. H. 1. u. 2. Von praktischer Bedeutung für unsere Frage ist die Entdeckung nicht. Auch war der Rechtsfall, welcher zu der jetzigen Abhandlung Anlaß gab, bereits entschieden, bevor der Abdruck jenes Ediktes erfolgte.

aut postea cognovit, antequam consumeret pecuniam. Sed placet omnimodo (al. omnino) ei pecuniam auferendam esse, etiam si ignoravit, cum consumeret: et postea quidam (al. quidem) Principes directam actionem competere ablata pecunia rescripserunt, ut et Marcellus libro septimo Digestorum scribit.

Diese Stelle ist das fr. 18. §. ult. D. 49, 14. de jure fisci. Die drei folgenden Fragmente beziehen sich hierauf:

19. Papinianus lib. 10. Responsorum:

Denique non esse praestandas usuras, cum pecunia revocatur, convenit: quoniam res, non persona, convenitur.

20. Idem lib. 11. Responsorum:

Sed revocata pecunia, in fidejussorem liberatum utilis actio dabitur.

21. Paulus lib. 3. Quaestionum:

Titius, qui mihi sub pignoribus pecuniam debebat, cum esset fisci debitor, solvit mihi quae debebat: postea fiscus jure suo usus, abstulit mihi pecuniam. Quaerebatur, an liberata essent pignora? Marcellus recte existimabat, si id quod mihi solutum est, fiscus abstulit: non competere pignorum liberationem; neque differentiam admittendam esse existimo interesse putantium, id ipsum quod solutum est, an tantundem repetatur.

Endlich gehört hierher ein Reskript Alexander's vom J. 226, die const. 5. C. 7, 73. de privilegio fisci:

Pecunia, quam creditor a debitore suo recepit, si postea ex justa causa fisco restituenda erit, sine usuris debetur, quia non foenus contractum, sed suum recuperatum extraordinario jure aufertur.

Die Auslegung dieser Stellen, womit sich Cujaz [2]), Chassanäus [3]) und Dabelow [4]) beschäftigt, kam im J. 1822 bei der Kieler Fakultät in Frage. Ein Rechnungsführer eines Hannöverschen Regiments hatte seinen Antheil an den Prisengeldern, welche die Englische Regierung den Siegern von Waterloo bewilligt, einem seiner Gläubiger cedirt, um diesen zu befriedigen. Etwa fünf Wochen nach der Cession gerieth jener Rechnungsführer wegen Kassendefekts und Betrügerei in Untersuchung und es ergab sich ein Rückstand von mehr als 4000 Rthlr. Die Hannöversche Kriegskanzlei forderte darauf die ausgezahlten Prisengelder, zum Betrage von 494 Rthlr., von dem Cessionar deshalb zurück, weil die Cession zum Nachtheil der Kriegskanzlei gereiche, indem sie auf andre Weise, als durch die Prisengelder, sich wegen des Kassendefekts nicht erholen könne, sie aber mit ihrer Forderung ex debito primipilari dem beklagten Cessionar vorgehe, und daher vermöge der obigen Gesetze zu der Revokation befugt sei. Dagegen suchte der Beklagte zu zeigen, daß sich das dem Fiskus zuständige Recht der Zurückforderung auf publica pecunia beschränke, daß mithin die Klage unbegründet sei, weil die cedirten Prisengelder zum Privatvermögen des cedirenden Rechnungsführers gehörten, nicht aber einen Theil der Kassegelder, welche er für die Kriegskanzlei unter Händen gehabt, ausgemacht hätten. Die Kriegskanzlei vermogte nun zwar keineswegs zu bestreiten, daß die cedirten Prisengelder Privatgut ihres Rechnungsführers gewesen wären, dagegen wollte sie das fiskalische Revokationsrecht nicht auf öffentliche Gelder beschränkt wissen.

---

2) Comment. in Resp. Papin. p. 279. 471. 523. 524 (in den Opp. posth. T. I).

3) Comment. in Aurelii Alexandri rescripta (Parisiis 1622) p. 690.

4) Vom Konkurse der Gläubiger (1801) S. 450—452.

Die Fakultät war nicht einstimmig in der Auslegung jener Gesetze.

§. 2.

Gemeinrechtlich kann, wie jeder weis, dasjenige, was ein Gläubiger vor eröffnetem Konkurse in Zahlung erhalten hat, nur in dem Falle mit der Paulianischen Klage zurückgefordert werden, wenn der zahlende Gemeinschuldner in der böslichen Absicht, die andern Gläubiger zu verkürzen, gehandelt und der befriedigte Gläubiger um diese bösliche Absicht gewußt hat. Von einem solchen Falle war hier nicht die Rede. Auch ist es ausgemacht, daß gemeinrechtlich der Eigener keine Vindikation seines Geldes anstellen kann, wenn er dasselbe in dessen Stücken speciell nachzuweisen außer Stande ist, und eben so unbezweifelt ist es, daß ohne einen besondern Rechtsgrund keine persönliche Klage, keine Kondiktion des verbrauchten Geldes, dem Eigener zusteht. Eine Ausnahme von diesem gemeinen Rechte findet zum Besten des Fiskus Statt, indem man ihm gestattet, das von einem fiskalischen Schuldner einem Gläubiger Gezahlte zurückzufordern, auch wenn der Gläubiger im guten Glauben sich befunden und sogar das Geld verbraucht hat. Aber auf welchen Gegenstand erstreckt sich dieses fiskalische Vorrecht? Keiner von den oben angeführten Rechtsgelehrten, welche dieses Vorrecht untersucht, beantwortet diese Frage, wiewohl das aus Marcian excerpirte, oben angeführte fr. 18. de jure fisci darauf hinweist. Denn die hierin angezogene Meinung Papinians geht nur auf publica pecunia. Unter publica pecunia aber kann man nur solches Geld verstehen, welches dem Fiskus gehört, in dem Sinne, wie wir von herrschaftlichen oder öffentlichen Geldern reden. Hierfür spricht nicht allein die Eintheilung in publicae und privatae res, sondern vorzüglich auch die in publica und privata pecunia. Bekanntlich sind publicae res solche Sachen, die dem Staate oder einer Gemeinheit gehören, im

Gegensatz von privatae res, die im Eigenthume von Einzelnen oder Privatpersonen befindlich sind [5]). Diesem allgemeinen Begriffe zufolge, müßte publica pecunia auch nur dasjenige Geld bezeichnen, welches dem Staate oder einer Gemeinheit gehört. Aber auch besondere Stellen sprechen dafür [6]). Vorzüglich wichtig ist das aus Paulus de judiciis publicis genommene fr. 9. §. 2. D. 48, 13. ad L. Jul. peculatus: Labeo, libro trigesimo octavo posteriorum, peculatum definit pecuniae publicae aut sacrae furtum, non ab eo factum, cujus periculo fuit, et ideo aedituum in his, quae ei tradita sunt, peculatum non admittere. §. 3. Eodem capite inferius scribit, non solum pecuniam publicam, sed etiam privatam, crimen peculatus facere, si quis, quod fisco debetur, simulans se fisci creditorem, accepit, quamvis privatam pecuniam abstulerit. Aus dieser Stelle ergiebt sich, was freilich kaum zweifelhaft scheinen könnte, daß selbst diejenigen Gelder,

---

[5]) pr. §. 1.—11. I. 2, 1. de rer. div. 1. pr. D. 1, 8. de divis. rer. 15. 16. 17. D. de verbor. signif.

[6]) 11. pr. D. 22, 1. de usuris (Paulus): „Cajus Sejus, qui rem publicam gerebat, foeneravit pecuniam publicam sub usuris solitis.“ . . . . . fr. 33. pr. ib. (Ulpianus): „Si bene collocatae sunt pecuniae publicae, in sortem inquietari debitores non debent. . . . . §. 1. Praeterea prospicere debet, ne pecuniae publicae credantur sine pignoribus idoneis vel hypothecis.“ 1. D. 48, 13. ad L. Juliam peculatus (Ulpianus): „Lege Julia peculatus cavetur: Ne quis ex pecunia sacra, religiosa, publicave auferat . . . .“ fr. 2. ib. (Paulus): „Lege Julia de residuis tenetur, qui publicam pecuniam delegatam in usum aliquem retinuit, neque in eum consumpsit.“ fr. 4. §. 4. ib. (Marcianus): „Sed et qui publicam pecuniam in usus aliquos acceptam retinuerit, nec erogaverit, hac lege tenetur.“ fr. ult. §. ult. D. 50, 8. de administ. rer. ad civit. pertinent. (Papirius Justus): „Impp. Antoninus et Verus rescripserunt, eum, qui pecuniam publicam magistratus sui tempore et post non pauco tempore detinuerat, usuras etiam praestare debere, nisi si quid allegare possit, qua ex causa tardius intulisset.“

welche dem Staatsschatze bestimmt waren, noch Privatgelder bleiben, so lange sie nicht in eine fiskalische Kasse gezahlt sind.

Also kann publica pecunia, wovon Papinian im fr. 18. de jure fisci redet, nur solches Geld bedeuten, welches im Eigenthume des Fiskus sich befand, oder doch bereits für den Fiskus an einen fiskalischen Kassirer bezahlt war, wenn gleich dieser an den Fiskus noch nicht abgeliefert und bis zu dieser Ablieferung die Gefahr zu tragen hatte. Aber selbst die Zahlung mit publica pecunia wollte Papinian, dem obigen Marcianschen Excerpte zufolge, nur dann rückgängig werden lassen, wenn der befriedigte Gläubiger bei dem Empfange oder doch vor dem Verbrauche gewußt hatte, der zahlende Schuldner sei dem Staate verhaftet d. h. publicus debitor. Marcian misbilligt die in Bezug genommene Papinianische Meinung nur in Betreff jenes Wissens, so daß die Zurückforderung auch in dem Falle Statt finden soll, wenn der Empfänger in gutem Glauben das Geld verbraucht hat. Daß aber die Zurückforderung auch andres Geld, als die publica pecunia betreffe, sagt Marcian keinesweges. Eben so wenig können die übrigen, oben angeführten Gesetze, etwas entscheiden, wenn sie schlechthin von pecunia reden. Denn das fr. 19. de jure fisci, ebenfalls von Papinian, und Alexander's Reskript in der c. 5. C. de privilegio fisci, entscheiden nur die Frage wegen der Zinsen; das fr. 20. u. 21. de jure fisci aber nur die Folgen der Revokation in Bezug auf Bürgen und Pfänder; mithin bezweckt keine der übrigen Stellen eine Entscheidung der Frage, ob die Zurückforderung sich auf publica pecunia beschränke, oder auch das Privatgut des fiskalischen Schuldners ergreife.

Beschränkt man das fragliche Recht des Fiskus auf publica pecunia: so bleibt immer noch eine sehr erhebliche Begünstigung übrig. Es soll nämlich dem Staatsschatze die besondere Befugniß zustehen, gegen den Empfänger öffentlicher Gelder selbst dann, wenn derselbe sie im guten Glau-

ben verbraucht hat, eine persönliche Klage auf Wiedererstattung anzustellen, das heißt, eben so viel, als gegeben worden, wenn gleich in andern Stücken, zurück zu verlangen. Dies ist eine Ausnahme von der gemeinen Regel des Rechtes, wornach zwar eine Vindikation des Geldes, womit ein Nichteigener oder ein zur Veräußerung unbefugter Eigener seinen Gläubiger befriedigt hat, eintreten kann, falls nur die einzelnen Geldstücke sich nachweisen lassen und diese, wie sich von selbst versteht, bei dem Beklagten noch vorhanden sind [7]); dagegen eine persönliche Klage des Eigeners wider den Empfänger, welcher das ihm von einem Dritten gezahlte Geld im guten Glauben verbraucht hat, durchaus nicht zulässig erscheint, und daher das Rechtsgeschäft, welches der Geber fremden Geldes oder der unbefugte Eigener mit dem Empfänger abgeschlossen, durch den Verbrauch des Geldes perfekt wird [8]).

§. 3.

Das Vorrecht des Fiskus auf andre Gelder, als die fiskalischen, zu beziehen, dazu dürfte man sich ohne die triftigsten Gründe nicht verstehen. Alle Vorrechte als Ausnahmen von der gemeingültigen Norm sind strenge zu erklären, zumal wenn sie, wie in unserm Falle, von der Art sind, daß sie die Sicherheit redlich eingegangener Geschäfte umstoßen. Der Fiskus, indem er einen Rechnungsführer bestellt, erwirbt von Rechtswegen ein Pfandrecht am Vermögen; er hat es ebenfalls in seiner Macht, sich durch Bürgen sicher stellen zu lassen. Obendrein ist ihm die Rückforderung fiskalischer Gelder, womit der Kassenbeamter einen Gläubiger befriedigt, selbst dann wider diesen Gläubiger gestattet, wenn derselbe ohne Arg das Geld angenommen und verbraucht hat. Wie sollte man aber ein Gesetz bezeichnen,

---

[7]) 78. D. 46, 3. de solutionibus.

[8]) 13. pr. fr. 19. §. 1. D. 12, 1. de rebus creditis. 56. §. 2. D. 46, 1. de fidejuss. 94. §. 2. D. 46, 3. de solut.

welches dem Fiskus die Befugniß einräumte, von einem Gläubiger des Kassenbeamten dasjenige zurückzufordern, was aus dem eigenen Vermögen des Kassirers, und nicht aus der Kasse des Fiskus, gezahlt und verbraucht ist? Suchen wir etwas wider unsere Meinung auf, wornach das Vorrecht auf öffentliche Gelder sich beschränkt: so finden wir doch nichts bei Cujaz und Chassanäus, nichts bei Dabelow und die ihn citiren, Thibaut [9]) und Schweppe [10]). Alle diese lassen, wie gesagt, den hier zur Sprache gebrachten Punkt ohne alle Erörterung. Wir selbst sind außer Stande, einen Zweifel an der Richtigkeit unserer Ansicht aufzufinden.

Man hat es indessen in Zweifel gezogen, ob unter publica pecunia wirklich nur solches Geld zu verstehen sei, welches dem Fiskus bereits gehört habe; man hat vielmehr gemeint, auch dasjenige Geld, welches dem Fiskus gebührt hätte, ohne bereits in die öffentliche Kasse geflossen zu seyn, müsse unter publica pecunia verstanden werden. Um in einem solchen Sinne die pecunia publica zu nehmen, hat man sich theils auf die Glosse berufen, welche jene Worte durch pecunia fisco debita erklärt, theils auf das fr. 19. D. 16, 2. de compensationibus, worin Papian sagt: Debitor pecuniam publicam servo publico citra voluntatem eorum solvit, quibus debitum recte solvi potuit: obligatio pristina manebit. Allein die Glosse selbst könnte um ihrer nackten Paraphrase Willen kein Ansehen verdienen; sie läßt es ohnehin zweifelhaft, was sie meint, indem die pecunia fisco debita ohne allen Zwang dasjenige Geld bezeichnen kann, welches der Rechnungsführer oder Einnehmer für den Fiskus schon in Kasse gehabt und welches er an den Fiskus abzuliefern schuldig gewesen war, statt daß er es zur Bezahlung von Privatschulden verwandt hat. In eben diesem Sinne wird gleichfalls die publica

---

[9]) System des Pandekten-Rechts, §. 1228.
[10]) Röm. Privatrecht, §. 1005.

pecunia zu nehmen seyn, wovon jenes Fragment 19. D. de compens. redet, wenn man nicht mit dem oben erläuterten fr. 9. §. 2. 3. D. ad L. Jul. peculatus in Widerspruch gerathen will. So könnte z. B. der Fall, welchen Papinian entscheidet, dergestalt gewesen seyn, daß ein fiskalischer Beamter Steuern oder Gefälle erhoben und selbige an einen servus publicus abgeliefert hätte. Was man für den Fiskus erhoben, ist freilich pecunia publica, wenn gleich der Erheber bis zur Ablieferung an den Fiskus die Gefahr trägt und wenn gleich vielleicht erst mit dieser Ablieferung das Eigenthum des Geldes auf den Fiskus übergehen sollte. Dies ergiebt jenes fr. 9. §. 2. 3. ad L. Jul. pecul. Aber den Begriff der publica pecunia auf andre Gelder, als welche für den Fiskus erhoben sind, ausdehnen zu wollen, dazu fehlt es an irgend einem haltbaren Grunde. So viel über den Gegenstand des fraglichen Vorrechtes.

§. 4.

Hiernächst entsteht die Frage, **mit welcher Klage** der Fiskus sein Vorrecht geltend mache? Dabelow sagt:

> „Der Fiskus bedarf zur Revokation der von dem Schuldner unternommenen Vermögensverringerung nicht der Paulianischen Klage, sondern die Gesetze haben ihm, wie Marcian in der L. 18. §. 10. D. de jure fisci lehrt, eine Actio directa ex lege civili verstattet."

Die hier gegebene Erklärung des oft angeführten fr. 18. de jure fisci gränzt an das Unbegreifliche. Den Anstoß zwar, welchen uns eine ex lege civili abgeleitete actio directa giebt, wollen wir verschmerzen; allein wie ist es möglich, die Natur der fiskalischen Klage in Marcian's Nachricht zu suchen? Marcian sagt: „Sed placet, omnimodo ei (dem Gläubiger des fiskalischen Schuldners) pecuniam auferendam esse, etiam si ignoravit, cum consumeret:

et postea quidem Principes directam actionem competere ablata pecunia rescripserunt.“ Dieſe directa actio, welche ablata pecunia Statt finden ſoll, kann, wie deutlich der Zuſammenhang zeigt, keinem andern als dem Gläubiger zuſtehen, der mit publica pecunia war befriedigt geweſen, nun aber, da der Fiskus das Geld zurückgenommen hat, d. h. ablata pecunia, in ſeine Forderung von Rechts wegen wieder eintreten, d. h. directam actionem gegen den Schuldner haben ſoll [11]).

Durch welches Rechtsmittel hingegen der Fiskus ſeine Befugniß der Zurückforderung zu verfolgen habe, läßt ſich theils aus der Beſchaffenheit dieſer Befugniß erklären, theils wird es in der oben angeführten c. 5. C. de privilegio fisci ausdrücklich geſagt, daß die Zurückforderung extraordinario jure erfolge. Nach dem ſtrengen oder gemeinen Rechte war dem Fiskus nicht zu helfen; denn der Gläubiger, indem er von ſeinem Schuldner befriedigt worden, hatte nichts weiter erhalten, als was ihm gebührte, und war die Zahlung auch in fremdem Gelde geleiſtet: ſo war doch nach dem Verbrauche kein gemeinrechtlicher Grund der Zurückzahlung denkbar. Daher konnte dem Fiskus nur extraordinario jure geholfen werden, mit andern Worten, durch Ertheilung eines außerordentlichen Rechtsmittels, wie es die Pauliana actio oder die actio in factum ſelbſt iſt, mittelſt welcher die von dem Gemeinſchuldner zum Nachtheil der Gläubiger geſchehenen Veräußerungen angefochten werden.

---

11) Unterholzner, Verjährungslehre II. §. 277. Not. 775. (1828) ſtimmt damit überein, was unſere Fakultät 1822 ausgeführt hatte, wenn er gegen Dabelow jene directa actio dem Gläubiger, und nicht dem Fiskus, beilegt. Doch darin kann ich ihm nicht beipflichten, wenn er ſagt: „Eigentlich müßte ihm (dem Gläubiger) die Forderung des Staatsſchatzes an den gemeinſamen Schuldner abgetreten werden; der Kürze wegen wird ihm aber eine directa actio gegeben, ohne daß es erſt einer Abtretung bedürfte.“

Daß diese fiskalische Klage binnen derselben Zeit verjähre, wie die gewöhnliche Paulianische Klage, scheint wenig zweifelhaft zu seyn [12]).

§. 5.

So wie die Rückforderung des Fiskus auf öffentliche Gelder beschränkt ist, so wird der belangte Gläubiger auch nur zur Erstattung des Kapitals verpflichtet, hingegen mit der Bezahlung von Zinsen verschont. Dies ist außer Zweifel, nach fr. 19. de jure fisci und c. 5. C. de privil. fisci; quia, wie es in der leztern Stelle heißt, non foenus contractum, sed suum recuperatum extraordinario jure autertur. Allein damit ist nicht gesagt, daß nicht aus andern Gründen, als vermöge des bloßen Rechtes der Rückforderung, Zinsen gebühren könnten. So wäre namentlich nicht einzusehen, warum nicht wegen eines Verzuges in der Rückzahlung der Fiskus Zinsen fordern dürfte. So oft indessen das Recht noch einer richterlichen Untersuchung in Betreff der thatsächlichen Begründung bedürftig ist, so oft namentlich die Umstände, worauf der Fiskus sich stützt, dem Beklagten unbekannt sind und noch einen Beweis erheischen, kann vor geführtem Beweise und gesprochenem Urtheile, wodurch das Recht erst seine Liquidität erhält, der Verzug unmöglicher Weise eintreten.

§. 6.

In dem angeführten Rechtsfalle kam es ebenfalls zur Frage, ob die Rückforderung durch eine Verletzung des Staatsschatzes, welche gerade durch die Zahlung eingetreten, bedingt sei? Nach allgemeinen Rechtsgründen ist nicht zu zweifeln, daß dem Fiskus sein Vorrecht nur für den Fall

---

12) Unterholzner a. a. O. Dagegen will Dabelow die vierzigjährige Verjährung Statt finden lassen, aber freilich in dem Irrthume, dem Fiskus stehe eine actio directa ex lege civili zu.

zugestanden werde, da durch die Zahlung mit fiskalischen Geldern eine Beeinträchtigung des Fiskus Statt gefunden hat. Denn wie vermögte man es mit der Vernunft zu reimen, daß die Gesetzgebung von dem gemeinen Rechte eine Ausnahme zum Besten des Fiskus gemacht hätte, ohne daß dem Fiskus ein wahrer Nachtheil aus der Beibehaltung des gemeinen Rechtes entstanden wäre? Jede Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, mag sie das Civilrecht oder die prätorische Billigkeit eingeführt haben, setzt eine Verletzung voraus, und das in Frage befangene Vorrecht wird in der That nur auf dem Wege der Wiedereinsetzung gewährt. Nur aus diesem Gesichtspunkte ist es gleichfalls zu erklären, daß der Gläubiger, dem das Gezahlte abgenommen wird, in seine vorigen Verhältnisse zum Schuldner und zu den Bürgen wieder einrückt und daß sein erloschenes Pfandrecht wieder auflebt. Ueberdies sagt die c. 5. C. de privil. fisci: „Pecunia .... si postea ex justa causa fisco restituenda erit ...“ Dabelow deutet die Worte ex justa causa so, als wenn eine Verletzung des Fiskus nothwendig wäre. Indessen bleibt die Richtigkeit dieser Auslegung zweifelhaft, da jene Worte auch so viel anzeigen können, daß nicht in Ansehung aller und jeder Sachen die Rückforderung zulässig sei, sondern nur in Betreff der publica pecunia.

Daß nun die Ausübung des fraglichen Vorrechtes von einer Verletzung des Fiskus abhängig sei, darüber waren beide Parteien freilich einverstanden; allein die Hannöversche Kriegskanzlei führte über die Art der Anwendung dieses Grundsatzes Beschwerde. Es war nämlich der Kriegskanzlei der Beweis auferlegt, daß die Schuld, mit welcher der vormalige Rittmeister H. der königlichen Kriegskanzlei angeblich verhaftet geblieben, nicht nur mindestens 494 Rthlr., als den Belauf der cedirten Summe, betrage, sondern „daß sie auch schon zur Zeit der am 29. März 1817 geschehenen Cession der Waterloo-Prisengelder existent gewesen

sei." Die Kriegskanzlei meinte, mit dem Beweise eines Kassenrückstandes freikommen zu müssen; den Beweis der Existenz des Rückstandes zur Zeit der Cession suchte sie abzulehnen. Sie nahm darauf Bezug, daß die Schuld ihres Rechnungsführers ein debitum primipilare sei, welches ohne Rücksicht auf die Zeit seiner Entstehung einen Vorzug vor allen übrigen Schulden behaupte. „Allein, so erklärte sich unsre Fakultät in ihren Urtheilsgründen, was von dem Falle gilt, da mehrere unbefriedigte Gläubiger zusammentreffen, läßt sich nicht mit gleichen Gründen von dem Falle behaupten, da einem bereits befriedigten Gläubiger das Gezahlte wieder soll entzogen werden, damit ein anderer vorzugsweise seine Befriedigung erhalte. Es ist ausgemacht, daß bei einer eingetretenen Unzahlfähigkeit des Schuldners nur seine dermaligen Vermögens- und Schuld-Verhältnisse in Betracht gezogen werden, daß dagegen alle frühern Veräußerungen und Zahlungen bei Kräften bleiben. Eine Ausnahme hat nur in dem Falle Statt, da starke Gründe der Billigkeit vorhanden sind, gegen die, dem strengen Rechte nach gültigen Veräußerungen und Zahlungen, eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand eintreten zu lassen. Dies geschieht mittelst Gestattung der Publiciana oder in factum actio, wovon die hier in Frage befangene in der That nur eine besondere Art ist. Aber alle Restitutionen, sowohl die prätorischen als die civilrechtlichen, setzen, außer einem Grunde der Billigkeit, insbesondere auch eine Verletzung voraus; denn es würde widersinnig seyn, die allgemeine Regel des Rechts, die eben wegen ihrer Allgemeinheit als eine vernünftige zu betrachten ist, dann zu verlassen, wenn niemand darunter gelitten hätte. Darum kann der Fiskus vernünftiger Weise auch nur in einem solchen Falle sein Vorrecht ausüben, da er bereits zur Zeit der Zahlung eine Forderung hatte, die durch die Zahlung beeinträchtigt worden. Gestatten aber, daß solche Zahlungen, die zu einer Zeit erfolgten, wo der Fiskus gar keine Forderung hatte, wiederum für un-

kräftig erklärt würden, hiesse alle Sicherheit der Vermögensverhältnisse in ihren Grundfesten untergraben und die Gesetzgebung der schreiendsten Ungerechtigkeit beschuldigen."

Diese ganze Argumentation ist freilich unter der Voraussetzung besonders zutreffend, daß die fiskalische Rückforderung auch andres Geld, als das fiskalische, betreffe. Wenn dagegen das Recht des Fiskus, wie wir meinen, auf öffentliche Gelder zu beschränken ist: so könnte es scheinen, als wenn dem Fiskus der Beweis einer Verletzung darum nicht weiter obliege, weil eben darin, daß der Rechnungsführer sich an den öffentlichen Geldern vergriffen und sie zum Privatgebrauch, zur Befriedigung eines Gläubigers, verwandt hat, eine Beeinträchtigung des Fiskus zu finden sei. Indessen ist dieses auch nur scheinbar. Wohl möglich ist es, daß der Kassirer nicht alle Gelder, welche er für den Fiskus erhoben, dem Fiskus abzuliefern schuldig ist. So z. B. kann er wegen Gehalt und Auslagen Ansprüche haben, die er mit den in der Kasse befindlichen Geldern zu decken befugt ist, so daß mithin der Kassenbestand größer erscheint, als was der Fiskus von dem Kassirer zu fordern hat. Wenn nun unter diesen Umständen der Rechnungsführer aus der Kasse Geld nimmt, um Privatschulden zu tilgen, jedoch nicht mehr, als was ihm dermalen aus der Kasse zu Gute kommt: so wird der Fiskus nicht beeinträchtigt. Würde aber späterhin ein Kassendefekt entstehen: so könnte der Fiskus jene frühere Zahlung dennoch nicht anfechten.

Es könnte der Fall sich auch so gestalten, daß der Kassirer zum Zweck der Zahlung von Privatschulden die Kasse über Gebühr angriffe, aber hinreichendes Vermögen hätte, den Defekt zu decken. Wenn er nun hinterher in Verfall geräth: kann der Fiskus jene Zahlungen anfechten? Ich glaube allerdings, weil eben dadurch, daß der Kassirer aus der Kasse Geld zu Privatzwecken nahm, eine widerrechtliche Verwendung öffentlicher Gelder, verbunden mit einer Gefährde des Fiskus, eingetreten ist.

Urbrigens ist es einleuchtend, daß man das Recht der Rückforderung nicht aus dem Gesichtspunkte eines Pfandrechtes betrachten darf [13]). Wenn also der Fiskus sein Recht ausüben will: so kann er den Beweis, daß zur Zeit der Zahlung an den Gläubiger bereits eine fiskalische, durch die Zahlung beeinträchtigte Forderung vorhanden gewesen sei, nicht um deswillen von sich ablehnen, weil zur Zeit jener Zahlung das ganze Vermögen des Rechnungsführers, mithin auch das Gezahlte selbst, pfandweise gehaftet habe. Das fiskalische Recht begründet eine persönliche Klage. Hat der Staatsschatz ein Pfandrecht: so steht es ihm zwar frei, aus diesem Rechte zu klagen; allein die dingliche Pfandklage geht so wenig, wie die Eigenthumsklage, auf Erstattung des Verbrauchten. Steht das Pfandrecht an einer persönlichen Forderung zu, an einem nomen: so ist es überhaupt nur in soweit wirksam, als es dem Schuldner des Pfandschuldners angezeigt worden [14]). Allein die Forderung des Rittmeisters H. wegen der Prisengelder war in ihrer Beitreibung durch keine solche Anzeige gehemmt gewesen. Ja, die Englische Regierung gestattet nicht einmal irgend eine Verkümmerung oder Beschlagnahme der Prisengelder, zahlt sie vielmehr nur dem Gewinner aus, oder dessen Erben oder Cessionarien.

§. 7.

Dem oft angeführten fr. 18. §. ult. D. de jure fisci gemäß, verhindert der gute Glaube des befriedigten Gläubigers keineswegs die Rückforderung; aber auch nicht der

---

[13]) Rudorff a. a. O. S. 168 sagt: „Man könnte dieses Recht für eine bloße Anwendung des Pfandrechtes halten wollen, aber es gilt gerade in dem Falle, in welchem eine Pfandklage regelmäßig nicht mehr Statt findet, nämlich im Fall der Konsumtion des Geldes, ist also eher als eine Ausdehnung derselben zu betrachten."

[14]) c. 4. C. 8, 17. quae res pignori oblig. poss.

gute Glaube des zahlenden Schuldners? Thibaut [15]) sagt: „der Fiskus hat . . . das . . Vorrecht, jede ihm nachtheilig gewordene, ohne Arglist geschehene Zahlung anfechten zu dürfen." Keine der Gesetzstellen, welche von dem streitigen Vorrechte handelt, entscheidet jene Frage ausdrücklich. Das Stillschweigen läßt sich unter der Voraussetzung leicht erklären, daß die Befugniß des Fiskus, wegen der ihm nachtheiligen Zahlungen den Empfänger anzusprechen, lediglich die öffentlichen Gelder zum Gegenstande habe. Unter dieser Voraussetzung nämlich war es wohl nicht nöthig, über den bösen Glauben des zahlenden Schuldners etwas hinzuzufügen, weil jemand, der öffentliche Gelder unter Händen hat, darum wissen muß, ob er solche ausgiebt, oder ob er aus seiner Privatkasse zahlt. Und gesetzt, er hätte sich ohne Arg an dem zur öffentlichen Kasse gehörigen Gelde vergriffen: so scheint doch, wenn man einmal die Kondiktion solchen Geldes zugiebt, in dem Mangel des bösen Glaubens des Rechnungsführers kein Grund zu liegen, das an die fiskalischen Gelder geknüpfte Vorrecht unwirksam werden zu lassen. Auf keinen Fall ist hierauf die Analogie der gewöhnlichen Paulianischen Klage anzuwenden, welche Arglist des Gemeinschuldners selbst dann voraussetzt, wenn der Fiskus klagt [16]). Die gewöhnliche Paulianische Klage betrifft nämlich das Vermögen des Gemeinschuldners selbst, und nicht etwa diese oder jene Sachen, die einem einzelnen Gläubiger gehört hatten. Nur in dem Falle, wenn das fiskalische Vorrecht, außer dem öffentlichen Gelde, auch das Privatgut des fiskalischen Schuldners anginge, würde jene Analogie zutreffend seyn.

§. 8.

Hat der von dem Schuldner befriedigt gewesene Gläu-

---

15) Pandekten §. 1228.

16) fr. 45. pr. D. 49, 14. de jure fisci.

biger das Gezahlte dem Fiskus erstatten müssen: so lebt sein voriges Recht wider Schuldner und Bürgen wieder auf, auch treten die Pfandrechte wieder in Wirksamkeit. Dieses ist nach den oben angeführten Quellen außer allem Zweifel. Von den Bürgen spricht Papinian im fr. 20, von den Pfändern Paulus in fr. 21. de jure fisci, und auf den Schuldner ist die directa actio zu beziehen, wovon Marcian im fr. 18. sagt, daß sie, in Gemäßheit eines kaiserlichen Reskripts, nach der Zurückzahlung zustehe. Begreiflich kann das vorige Recht des Gläubigers nur in soweit wieder aufleben, als er noch eine Forderung hat. Und weil er dem Fiskus, wie oben gesagt, keine Zinsen zahlt, mithin das Gezahlte in der Zwischenzeit zu seinem Vortheile hat benutzen können: so ist es einleuchtend, daß er in soweit auch weder von dem Schuldner, noch von dem Bürgen, die Zinsen von seiner eigenen Forderung zu begehren befugt ist. Uebrigens bedarf es kaum der Bemerkung, daß der Römische Rechtssatz, wornach das Pfandrecht des Gläubigers in Kraft bleibt, wenn der Fiskus das Gezahlte zurückgefordert hat, dem Gläubiger sein voriges Recht in dem Falle nicht sicher stellt, da nach Deutschen Landrechten eine Hypothek in das Pfandbuch eingetragen und nach erfolgter Befriedigung darin gelöscht worden. Denn solche inskribirte oder protokollirte Hypotheken, wenn die Löschung einmal Statt gefunden, pflegen nicht wieder ihren vorigen Platz zu erhalten.

30.

Die irrige Zahlung einer verjährten Schuld begründet die condictio indebiti. Um so mehr wird einer verjährten Forderung die Kompensirbarkeit versagt.

§. 1.

Von den akademischen Rechtsgelehrten der neuern Zeit mag nicht leicht jemand durch seine Schriften so viel Ansehen in den Gerichten erworben haben, als Adolf Weber. Sein eben so philosophischer als praktischer Blick, sein Scharfsinn in der Erklärung einzelner dunkler Stellen und ganzer Institute, und seine Darstellungsgabe, welche fast immer klar bleibt, alle Abschweifung vermeidet, und sich von grober Anmaaßung eben so wohl, als von eiteler Ostentation frei erhält, alle diese Vorzüge sind geeignet, Weber's Ansehen bis auf spätere Zeiten zu sichern. Wenn ein solcher Schriftsteller hin und wieder Irrthümer ausgesprochen hat: so fühlt man sich zu einer Widerlegung besonders geneigt, damit die Praxis, welcher Autoren, wie Weber, gar leicht einen Impuls geben, keine verkehrte Richtung nehme.

Für einen irrigen Lehrsatz halte ich Weber's bekannte Meinung, daß der Gläubiger, dessen Klage verjährt ist, seine Forderung noch durch Kompensation geltend machen könne, und daß dem Schuldner, wenn er aus Irrthum die verjährte Forderung bezahlt habe, keine condictio indebiti zustehe [1]); eine Meinung, in welcher Weber zwar

---

[1]) Weber, von der natürl. Verbindlichkeit §. 92. Dann in seinen Beiträgen zur Lehre von gerichtl. Klagen und Einreden 1, 6. S. 54 flg.

Vorgänger gehabt hat [2]), die jedoch erst durch ihn in Ansehen gebracht ist. Weber geht nämlich von der Ansicht aus, daß die Verjährung nur das Klagerecht aufhebe, die übrigen Wirkungen der Forderung aber bestehen lasse, daher denn auf Seiten des Schuldners noch die natürliche Verbindlichkeit fortdaure, den Gläubiger zu befriedigen. Freilich besteht eine natürliche Verbindlichkeit, wenn schon die Verjährung eingetreten ist. Es fragt sich jedoch, von welcher Art dieselbe sei?

§. 2.

Eine Obligatio naturalis, welche nicht die volle Wirkung hat, kommt in dreifacher Bedeutung vor. Man versteht darunter

1) eine solche Verbindlichkeit, auf deren Erfüllung der Gläubiger zwar nicht klagen kann, in Ansehung welcher jedoch eine Einrede ihm zusteht, wenn er in die Lage eines Excipienten geräth. Namentlich kann der Gläubiger mit einer solchen natürlichen Forderung kompensiren. Desgleichen gestattet dieselbe Novation, Bürgschaft und Pfandbestellung. Diese Art von naturalis obligatio mag bei den Römern am häufigsten vorgekommen seyn; sie wurde namentlich durch die pacta begründet, welche, im Gegensatz der contractus, der Regel nach keine Klage gewährten; die pacta aber wurden, auch wenn man blos aus dem Umfange der ihnen gewidmeten Interpretation urtheilen dürfte, gewiß nicht selten eingegangen.

2) Es giebt dagegen solche natürliche Verbindlichkeiten, die weder eine Klage, noch eine Exception hervorbringen, noch irgend eine andre zuträgliche Wirkung haben. Dahin gehören alle Verbindlichkeiten, die auf unerlaubten Verträgen beruhen. Die Forderung z. B. aus einem Hazardspiele kann weder eingeklagt, noch durch Einreden geltend gemacht werden.

---

[2]) Vgl. Donellus, Comment. de jure civ. 22, 2. Averanius, Interpret. 2, 12. §. 19. 20. Hommel, Rhaps. obs. 481.

3) Einige natürliche Verbindlichkeiten stehen in der Mitte, indem sie weder die vollen Wirkungen der ersten Art von natürlichen Verbindlichkeiten haben, noch aller Wirkung entbehren. So kann der Gläubiger mit einer solchen Forderung nicht kompensiren, gegen deren Einklagung sich der Schuldner durch eine zerstörliche Einrede zu schützen vermögte [3]). Sonder Zweifel z. B. ist eine aberkannte Forderung von der Kompensation ausgeschlossen, obgleich ein richterliches Urtheil nur formelles Recht begründet, mithin die natürliche Verbindlichkeit bestehen läßt, so oft das Urtheil wider die Wahrheit, wider das materielle Recht, anstößt [4]). Ja, wer irrig eine solche Schuld bezahlt hat, gegen deren Einklagung er sich mittelst einer zerstörlichen Einrede hätte vertheidigen können, ist zu der condictio indebiti befugt, ohne daß er den Einwand, es habe eine natürliche Verbindlichkeit bestanden, fürchten darf [5]), wiewohl ein solcher Einwand in andern Fällen die condictio indebiti hinfällig macht [6]). Inzwischen stellt das Römische Recht hierbei einen Unterschied auf, je nachdem die zerstörliche Einrede mehr zum Besten des Schuldners, oder mehr aus Ungunst gegen den Gläubiger, eingeführt ist. In diesem leztern Falle soll dem Schuldner, wenn er den Gläubiger befriedigt, keine condictio indebiti gestattet werden [7]). Da nun die Verjährung eine zerstörliche Einrede begründet: so scheint der Streit, so

---

[3]) 14. D. 16, 2. de compensationibus (Javolenus): „Quaecunque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt.“

[4]) 60. pr. D. 12, 6. de cond. ind. „licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet.“ 8. §. 1. D. 46, 8. ratam rem haberi.

[5]) 40. D. 12, 6. de cond. ind. „Qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere potest.“

[6]) Z. B. 13. pr. D. de cond. indeb.

[7]) 19. pr. 40. pr. D. 12, 6. de cond. ind. 9. §. 4. D. 14, 6. de SCto Maced.

weit er die Rückforderung einer aus Irrthum gezahlten, bereits verjährten Schuld betrifft, von der Beantwortung der Frage abzuhängen, ob die Verjährung mehr zum Besten des Schuldners, oder aber mehr aus Ungunst gegen den Gläubiger, eingeführt sei? Indessen wäre es zugleich möglich, daß bei näherer Untersuchung jenes Unterschiedes zwischen den Einreden nach ihrem gesetzlichen Grunde sich ergäbe, daß der ganze Unterschied nur deshalb gemacht worden, um die besondere Entscheidung eines einzelnen Falles zu rechtfertigen.

§. 3.

In unsern Rechtsquellen reden drei Rechtsgelehrte von jenem Unterschiede; am kürzesten Pomponius, im fr. 19. D. 12, 6. de cond. indeb.

> Si poena causa ejus, cui debetur, debitor liberatus est, naturalis obligatio manet, et ideo solutum repeti non potest.

Anschaulicher trägt Marcian die Sache vor, im fr. 40. de cond. ind.

> Qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere potest. Sed hoc non est perpetuum; nam si quidem ejus causa exceptio datur, cum quo agitur, solutum repetere potest, ut accidit in Senatus consulto de intercessionibus; ubi vero in odium ejus, cui debetur, exceptio datur, perperam solutum non repetitur, veluti si filiusfamilias contra Macedonianum mutuam pecuniam acceperit et paterfamilias factus solverit, non repetit.

Auf die Quelle endlich führt Ulpian zurück, im fr. 9. §. 4. D. 14, 6. de SCto Maced.

> Et hi tamen, qui pro filiofamilias sine voluntate patris ejus intercesserunt, solvendo non repetent. Hoc enim et Divus Hadrianus constituit, et potest

dici, non repetituros. Atquin perpetua exceptione tuti sunt; sed et ipse filius, et tamen non repetit, quia hi demum solutum non repetunt, qui ob poenam creditorum actione liberantur, non quoniam exonerare eos lex voluit.

In diesen Stellen wird in Betreff der Exceptionen ein Unterschied gemacht, der unserm Rechte sonst unbekannt ist. Alle Einreden haben zum Besten des Beklagten Statt, indem sie ihm als Schutzmittel wider eine Klage dienen sollen, die an und für sich als zulässig erscheint [8]). Ob aber eine einzelne Einrede als Schutzmittel des Beklagten mehr deshalb eingeführt sei, weil man den Kläger in seinem Anspruche ungünstig ansah, oder mehr um deswillen, weil der Beklagte in der Vertheidigung eine Begünstigung zu verdienen schien, das wird ohne nähere Angabe des gesetzgeberischen Gesichtspunktes stets zweifelhaft bleiben. Gewiß in den allermeisten Fällen könnte man behaupten, eine solche Unterscheidung sei gar nicht zulässig, eine Begünstigung des Beklagten fasse eine Ungunst wider den Kläger in sich, und umgekehrt die Abneigung wider den klägerischen Anspruch enthalte eine Geneigtheit zum Besten des Beklagten. Nur so viel bleibt immer gewiß, daß die Gestattung der Einreden den Zweck hat, den Beklagten von einer an sich gegründeten Klage zu entbinden.

Daß indessen das Verbot des Macedonischen Senatschlusses, einem Haussohne baares Geld zu leihen, nur aus Ungunst wider den Gläubiger ertheilt sei, sagen die angeführten Stellen nicht nur ausdrücklich, sondern es ergiebt

---

[8]) Gajus, Inst. Comment. 4, 116. Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Saepe enim accidit, ut quis jure civili teneatur, *sed iniquum sit, eum judicio condemnari.* Den leztern Satz hat Justinian in dem pr. J. 4, 13. de except. dahin geändert: Saepe enim accidit, *ut licet ipsa persecutio, qua actor experitur,* justa *sit, tamen iniqua sit adversus eum, cum quo agitur.*

dieses zugleich die Geschichte jenes Senatschlusses. Die Wucherer wollte man strafen. Dieser Gesichtspunkt war vorwaltend [9]). Einem leichtsinnigen Sohne zu Hülfe zu kommen, dafür sprach nichts, zumal da der Hausſohn, wenn er als Minderjähriger leichtsinnig unter drückenden Bedingungen anleiht, ohnehin schon durch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand vor einer Uebervortheilung geschützt wird. Wie jedes neue Gesetz, mußte auch das Senatuskonsult bald nach seiner Erscheinung Rechtsfragen veranlassen; eine solche entstand in Bezug auf den hier behandelten Fall. Wer aus Irrthum ein Darlehn, welches durch jenes Senatuskonsult verboten ist, bezahlt hat, darf der von der condictio indebiti Gebrauch machen? Hadrian verneinte diese Frage, wie Ulpian in dem obigen Fragmente berichtet; jedoch erfahren wir nichts von Hadrian's Gründen. Nur Ulpian versucht die Entscheidung zu rechtfertigen. Er macht sich zwar den Einwand, daß der Schuldner im Fall seiner Belangung durch eine zerstörliche Einrede würde geschützt worden seyn; allein diesem Einwande begegnet er durch die Bemerkung, daß diejenigen, welche ob poenam creditorum von einer Klage befreiet wären, das Gezahlte nicht zurückfordern dürften. Diesen Grundsatz stellen Pomponius und Marcian ebenfalls auf, dieser mit Anwendung auf das Macedonische Senatuskonsult.

Weil nun nirgends im Römischen Rechte die fragliche Unterscheidung weiter vorkommt, weil ferner in den obigen Stellen, wo man sie vorgetragen hat, lediglich von der Einrede aus dem Macedonischen Rathschlusse gesagt wird, daß sie zur Strafe des Gläubigers Statt finde, und weil es im Uebrigen anerkannt ist, daß das irriger Weise Gezahlte, gegen dessen Einklagung dem Schuldner eine zerstörliche Einrede zur Seite stand, kann zurückgefordert werden: so sollte man glauben,

---

[9]) Vgl. Hommel, D. de mutuo filiifam. ante S. C. Maced. valido. A. G. Cramer, D. Vespasianus p. 122. seqq.

der ganze Unterschied zwischen einer exceptio in odium creditoris und in favorem debitoris sei nur deshalb gemacht worden, um jene Entscheidung Hadrian's zu rechtfertigen. Will man aber auch annehmen, schon früher habe ein solcher Unterschied bestanden: so muß man doch zugeben, daß, wenn die condictio indebiti in andern Fällen als wegen eines durch das SCtum Maced. verbotenen Darlehns angestellt wird, der aus Irrthum befriedigte und nun belangte Gläubiger von der Erstattung nur dann frei zu sprechen ist, wenn sich klar nachweisen läßt, daß die zerstörliche Einrede, welche seinem Gegner zugestanden hätte, lediglich in odium creditoris sei eingeführt worden. Bezahlt also ein Schuldner aus Irrthum eine verjährte Schuld: so kann er deshalb, weil er gegen die Einklagung durch die zerstörliche Einrede der Verjährung würde geschützt worden seyn, das irrig Bezahlte mit der condictio indebiti zurückfordern, und der Richter kann diese Klage nicht als unbegründet ansehen, indem aus unsern Rechtsquellen sich mit nichts ergiebt, daß die Verjährung mehr aus Ungunst wider den Gläubiger, als zur Begünstigung des Schuldners, eingeführt sei. Ja, wer unbefangen das Wesen der Verjährung prüft, wird sich gezwungen fühlen, einzugestehen, daß die Einrede der Verjährung sich besonders nur aus Rücksicht auf den Schuldner empfehle; daß man jedenfalls nichts aufzufinden vermöge, was eine Aehnlichkeit in dem Verhältnisse eines Gläubigers, welcher die Klage verjähren läßt, und eines solchen, welcher wider das Verbot des Macedonischen Senatschlusses ein Darlehn giebt, mit Zuverlässigkeit begründen könnte.

Auf Gründe, wie die hier dargestellten, ist Weber nicht eingegangen.

§. 4.

Das bisher Vorgetragene war längst niedergeschrieben, als mir das neue Hauptwerk über die Verjährung zu Händen kam; ein Werk, wodurch sich sein gelehrter Vf. ein neues

Verdienst um unsre Wissenschaft in einem vorzüglichen Grade erworben hat. Indeß weicht in dem vorliegenden Falle die Behandlung des Vf. von der hier vorgetragenen ab. Unterholzner behauptet nämlich ebenfalls, wie Weber, das Fortbestehen einer naturalis obligatio nach eingetretener Verjährung, und folgert daraus die Unzulässigkeit der condictio indebiti, wenn (aus Irrthum) die verjährte Verbindlichkeit erfüllt worden ist [10]). Die Behauptung ist richtig, die Folgerung unbündig. Um den Satz darzuthun, daß eine verjährte Forderung noch eine natürliche Verbindlichkeit bestehen lasse, bedarf es, nach meiner Ansicht, keinesweges einer künstlichen Argumentation, wie z. B. aus Justin's singulärer Verordnung, daß die hypothekarische Klage unter Umständen 40 Jahre dauren solle, während die persönliche in 30 Jahren verjährt [11]), eine Verordnung, welche ihrer sonderbaren Beschaffenheit halber gewiß nicht zur Aufstellung einer allgemeinen Rechtsansicht geeignet ist und welche überdies in dem Gestatten der hypothekarischen Klage die fortwährende bürgerliche Wirksamkeit der Hauptforderung voraussetzt oder anerkennt. Vielmehr ist die natürliche Verbindlichkeit des durch Verjährung geschützten Schuldners ganz einfach daraus abzuleiten, daß die Verjährung ein durch positives Recht ertheiltes Schutzmittel ist, welches zwar formelles Recht begründet, allein das wirkliche oder natürliche, unter dem Gläubiger und Schuldner bestandene Verhältniß, nicht zu ändern vermag. Wer eine Summe Geld leihet, ohne selbige wieder zu bezahlen oder sonst einen Erlöschungsgrund zu haben, bleibt natürlicher Weise Schuldner, wenn er auch vermöge der Verjährung mit der richterlichen Verurtheilung verschont wird. Der Richter spricht nicht einmal aus, es sei keine Anleihe vorhanden gewesen, oder die Schuld sei getilgt worden; er entbindet, ohne in die Sache einzugehen,

---

10) Unterholzner, Verjährungslehre II. §. 258.
11) 7. §. 1. C. 7, 39. de praescr. XXX vel XXXX annor.

den Beklagten von dem Anspruche nur deshalb, weil die Klage verspätet, verjährt ist. Aehnlich, wie mit der praescriptio, verhält es sich mit der exceptio rei judicatae; denn auch die richterliche Freisprechung läßt das naturale debitum bestehen, eben weil es als ein Ding der Unmöglichkeit erscheint, etwas für nicht vorhanden zu erklären, was in Wahrheit da ist.

Also, die verjährte Verbindlichkeit bleibt eine natürliche. Aber hieraus folgt mit nichten, daß der Schuldner, wenn er selbige aus Irrthum erfüllt, auf die Erstattung des Gezahlten nicht klagen könne. Die Verjährung gewährt eine perpetua et peremptoria exceptio; wer mit einer solchen geschützt war und dennoch aus Irrthum zahlte, ist zur Rückforderung befugt; also kann der Schuldner die irrige Leistung dessen, worauf die verjährte Verbindlichkeit ging, zurückbegehren. Sollte die condictio indebiti versagt werden: so müßte man darthun, die praescriptio enthalte eine exceptio in odium creditoris. Da aber in der Regel alle exceptiones in favorem debitoris Statt finden: so müßte ein recht schlagender Beweis vorliegen, um die Verjährung für eine exceptio in odium creditoris gelten zu lassen. An diesem Beweise fehlt es gänzlich. Denn einige beiläufige gesetzliche Aeußerungen, welche Unterholzner in Bezug nimmt [12]), sind zu unbestimmt und ein Analogie des SCti Macedoniani gar nicht zutreffend; vielmehr würde es erlaubt seyn, den Grund der Ersitzung, die Sicherheit des Eigenthums zu befördern, auch auf die Verjährung anzuwenden, so daß ihr Zweck in der Sicherstellung der Vermögensverhältnisse, namentlich in der Sicherstellung des Beklagten gegen veraltete Ansprüche, zu suchen und selbige recht eigentlich als eine exceptio in favorem debitoris zu betrachten wäre.

---

12) 2. 3. C. 7, 40. de annali except.

§. 5.

Ist es solchemnach richtig, daß eine verjährte, irrig bezahlte Schuld, darf zurückgefordert werden: so müßte es um so mehr richtig seyn, einer verjährten Forderung die Kompensation zu versagen, auch wenn das Excerpt aus Javolenus es nicht ausdrücklich besagte, daß man dergleichen Forderungen nicht zur Kompensation bringen könne, welchen eine zerstörliche Einrede entgegen steht. „Quaecunque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt“ [13]). Hierwider führt man aber Ulpian's Ausspruch an: „Etiam quod natura debetur, venit in compensationem“ [14]). Man meint nämlich, diese Stelle leide Anwendung auf verjährte Forderungen; denn diese blieben doch immer natürliche. Allein sollen beide Stellen zugleich, jede in einem gewissen Kreise, zur Anwendung kommen, will man mithin nicht so erklären, daß die Anwendbarkeit der einen oder andern ganz aufgehoben würde: so muß man entweder Ulpian's Satz als Regel betrachten, hingegen Javolen's Aeußerung, welche mit der oben erörterten Lehre von der condictio indebiti im Einklange steht [15]), als Beschränkung jener Regel, oder man muß unter dem, quod natura debetur, blos dasjenige verstehen, was von Anfang an eine natürliche Verbindlichkeit begründete und nicht erst durch Gestattung einer zerstörlichen Einrede aus einer klagbaren Verbindlichkeit in eine natürliche übergegangen ist. Und in der That läßt sich das Verhältniß jener beiden Gesetzstellen recht gut erklären.

Man muß zweierlei festhalten. Gemeinhin verstehen die Röm. Juristen unter naturalis obligatio, oder unter id, quod natura debetur, eine solche Verbindlichkeit, welche niemals klagbar gewesen ist, und nur an wenigen Orten be-

---

13) 14. D. 16, 2. de compensat.
14) 6. ibid.
15) 51. D. 12, 6. de cond. indeb.

zeichnet man damit auch eine solche, welche, anfangs klagbar, die Wirkungen vor Gericht verloren hat, wie z. B. durch rechtskräftiges Urtheil. Insbesondere findet sich in den Röm. Rechtsquellen nicht eine einzige Stelle, welche besagte, daß nach der Verjährung einer bürgerlichen Forderung noch die naturalis obligatio bestehen bliebe. Sodann muß man sich erinnern, daß die exceptiones im Sinne des Römischen Rechtes nur zu dem Zweck Statt finden, um eine an sich gegründete actio zu entkräften [16]), daß sie aber von dem Falle, wo es gar keine actio giebt, ausgeschlossen sind, indem bei dem Mangel einer an sich gegründeten Klage es gar keiner wahren exceptio zum Schutze des Beklagten bedarf. Wenn daher der Gläubiger aus einem pactum, oder wenn der Sklave gegen den Herrn, oder wenn der Haussohn gegen den Vater, oder umgekehrt, klagen wollte: so war in der Regel (Ausnahmen gehören nicht hierher) keine Klage gestattet, und weil in einem solchen Falle der Prätor kein judicium anordnete, oder, nach der heutigen Art des Verfahrens die Sache anzusehen, der Richter von Amts wegen schon verpflichtet war, den Kläger mit seiner an sich ungegründeten Klage abzuweisen: so bedurfte es gar keiner eigentlichen exceptio, um entbunden zu werden, wiewohl in jenen Fällen eine obligatio naturalis konnte vorhanden seyn. Gerieth aber derjenige, dem die natürliche Forderung zustand, in die Lage eines Beklagten: so war er befugt, die Kompensation geltend zu machen. Dieses erscheint in unsern Rechtsquellen so ausgemacht, daß es wahrlich überflüssig wäre, in die Sache weiter einzugehen [17]).

Demnach muß der Satz: Quod natura debetur, venit in compensationem, in solchen Fällen angewandt werden, wo die zur Kompensation gebrachte Forderung gar keine Klage hervorbringt, mithin von Anfang an als ein blos

---

16) Vgl. pr. J. 4, 13. de except. Gajus, Inst. Comment. 4, 116.

17) Vgl. z. B. 7. §. 4. 5. D. 2, 14. de pactis. 38. §. 1. fr. 64. D. 12, 6. de cond. indeb.

natürlicher Anspruch sich darstellt. Hingegen findet der andern Satz: Quaecunque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt, alsdann seine Anwendbarkeit, wenn die Forderung, womit man zu kompensiren gedenkt, zwar an sich klagbar ist, jedoch im Fall der Einklagung ohne Wirkung bleibt, weil ihr eine zerstörliche Einrede entgegen steht. Von dieser leztern Art ist namentlich eine solche Forderung, gegen deren Einklagung der Schuldner durch die Einrede der Verjährung geschützt wird.

§. 6.

Jene beiden Rechtssätze, in dem hier erklärten Sinne genommen, führen auf verschiedene Principien zurück; und wenn es gleich schwer fällt, von ihrer inneren Gerechtigkeit oder Vernünftigkeit genaue Rechenschaft zu geben: so ist doch so viel leicht zu begreifen, daß man meinen konnte, Gründe zu haben, um den Fall, wo die Kompensation aus einem von Anfang an natürlichen Anspruche abgeleitet wird, von demjenigen zu unterscheiden, wo sie sich auf eine durch eine Exception zerstörte Forderung stützt. Denn wenn in jenem Falle die Klage versagt wird, weil nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts dem Gläubiger keine Hülfe in der Verfolgung des Schuldners zu gewähren steht, sei es, daß der Vertrag, worin die Forderung ihren Grund hat, nicht nach den Formen des bürgerlichen Rechts zu Stande gekommen ist, oder sei es, daß das Civilrecht gegen den Schuldner aus persönlichen Rücksichten keine Klage seines Gläubigers zuläßt: so hat doch keine Thatsache weiter eine Aenderung in dem Verhältnisse zwischen dem Gläubiger und Schuldner hervorgebracht, vielmehr ist die ursprüngliche Lage der Sache dieselbe geblieben, und so mag es billig erscheinen, streng das positive Recht zu erklären, mithin dem Gläubiger zwar die Klage zu versagen, aber ihm doch in der Lage eines Beklagten die Kompensation zu gestatten. Hingegen in dem andern Falle erblicken wir ein ganz anderes Ver-

hältniß. Die Forderung, nach ihrer ursprünglichen Begründung, entspricht den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts in Absicht auf Klagbarkeit; allein es ist eine Thatsache vorhanden, welche das bürgerliche Recht für geeignet hält, um den Schuldner von seiner Verbindlichkeit zu entbinden. Während in jenem Falle dem Gläubiger nur die Klage versagt wird, soll er in diesem Falle die Wirkung einer gestatteten Klage entbehren. In dem einen Falle wird dem Gläubiger die Einrede als ein Mittel, seine Forderung gerichtlich geltend zu machen, deshalb gestattet, weil das positive Recht nicht dawider ist; in dem andern Fall hat das positive Recht selbst den Anspruch des Gläubigers zerstört, indem es dem Schuldner eine Einrede gewährt. Das positive Recht würde diese Wohlthat wieder aufheben, wenn es den Schuldner, im Fall er selbst eine Forderung wider seinen Gläubiger einzuklagen hätte, in die Nothwendigkeit versetzte, sich die Kompensation wegen eines Anspruchs gefallen zu lassen, welchen er, in dem Verhältnisse eines Beklagten, nicht nöthig gehabt hätte zu erfüllen.

§. 7.

Was bisher mit Rücksicht auf Kompensation und Rückforderung über naturalis obligatio und Verjährung gesagt ist, findet eine sehr nachdrückliche Bestärkung durch die Grundsätze, welche die Römer bei dem Constitutum befolgten, obwohl man auch hierauf bei Erörterung unserer Streitfrage sich nicht bezogen hat.

Ulpian, welcher, wie oben §. 5. angeführt worden, das naturale debitum für kompensirbar erklärt, sagt im fr. 1. §. 6. D. 13, 5. de constituta pecunia: „Debitum ... ex quacunque causa potest constitui....“, und fährt im §. 7. fort:

Debitum autem *vel natura* sufficit.

Aber hier ist es nicht Javolen, welcher, wie im Titel von der Kompensation, mit einer Beschränkung dieses Satzes

auftritt, sondern Ulpian selbst. Nämlich im fr. 3. §. 1. D. de const. pec., einer Stelle aus demselben Lib. 27. ad Edictum, woraus das eben citirte Fragment entnommen ist, lehrt Ulpian ferner:

Si quis autem constituerit, quod jure civili debebat, *jure praetorio non debebat*, id est, *per exceptionem*, an constituendo teneatur, quaeritur? Et est verum, ut et Pomponius scribit, eum non teneri; *quia debita juribus non est pecunia, quae constituta est.*

Hieraus ergiebt sich so viel, daß Ulpian unter dem, quod natura debetur, nicht eine solche Schuld verstanden habe, gegen deren Einklagung eine Exception Schutz gewährt.

Daß insbesondere eine verjährte Schuld kein verbindliches Constitutum zugelassen habe, geht ebenfalls aus einem Excerpte aus Ulpian's Lib. 27. ad Edictum hervor. Es ist dieses das fr. 18. §. 1. D. de const. pecunia. Die Worte des Edikts erläuternd, sagt Ulpian, das constitutum sei verbindlich, wenn zwar gegenwärtig keine Schuld mehr vorhanden sei, sie aber doch zu der Zeit, als konstituirt wurde, bestanden habe. Darauf fährt er fort:

Proinde *temporali actione* obligatum, constituendo, Celsus et Julianus scribunt, teneri debere, licet post constitutum dies temporalis actionis exierit. Quare et si post tempus obligationis se soluturum constituerit, adhuc idem Julianus putat: quoniam eo tempore constituit, quo erat obligatio, licet in id tempus, quo non tenebatur.

Diese Art, zu argumentiren, läßt sich nur unter der Voraussetzung begreifen, daß eine verjährte Klage keine natürliche Verbindlichkeit mit der Wirkung, daß ein Constitutum gestattet werde, übrig lasse. Und gleichwohl sollte eine verjährte Forderung in solchen Fällen, wo der freie Wille des Schuldners gar nicht hinzugekommen ist, um der erloschenen Klagbarkeit wieder aufzuhelfen, noch geltend zu machen seyn?

Es sollte wegen einer verjährten Schuld die Kompensation gestattet, und die condictio indebiti unzulässig seyn, da doch der Schuldner, oder ein Dritter, wenn er durch ein Constitutum die verjährte Schuld anerkannt hatte, aus diesem Constitutum nicht verbindlich wurde? Freilich wird heutiges Tages aus der Anerkennung einer verjährten Schuld mit Recht eine Klage gestattet [18]); aber hier, wo es darauf ankommt, die Ansichten der Römischen Juristen über naturalis obligatio und exceptio, in Bezug auf verjährte Forderungen, zu entwickeln, geben die obigen Stellen sehr triftige Argumente ab.

§. 8.

Zum Schlusse wird es kaum nöthig seyn, zu bemerken, was der unterrichtete Leser selbst wird beobachtet haben, daß es bei dieser Erörterung auf eine Vollständigkeit, wie sie von manchen Civilisten als unerläßlich erfordert zu werden scheint, nicht abgesehen war. Nur in der Kürze wollte ich die erheblichsten Gründe angeben, warum ich Weber's Meinung verwerfe. In der That wäre es auch eben so überflüssig als verwirrend, weiter auf Argumente einzugehen, die mit einer irrigen Grundansicht zusammenhängen. Die Kenner wissen, wenn einmal der rechte Gesichtspunkt ihnen vorgehalten ist, die scheinbaren Hindernisse gar leicht wegzuräumen; minder einsichtsvolle Bearbeiter unserer Wissenschaft werden durch den Ballast, wenn er ihnen auch nur bei Gelegenheit der Wegräumung bemerklich wird, beängstigt und aufgehalten. Gegen Weber haben sich überdies viele Andre erklärt, in Abhandlungen z. B. Kori [19]), Sommer [20]),

---

18) J. H. Boehmer, de actionib. 2, 7. §. 21. Weber, v. d. natürl. Verbindl. §. 126. 127.

19) Theorie der Verjährung §. 52. 95. (1811).

20) Rechtswiss. Abhandlungen I, 1. (1818).

Löhr [21]), Vermehren [22]), in Kompendien Wening-Ingenheim [23]), Schweppe [24]), Seufert [25]), Mühlenbruch [26]), Linde [27]), jezt auch Thibaut [28]). Desgleichen Unterholzner, obgleich er, wie oben bemerkt, das irrig Gezahlte bei Kräften erhält, verwirft doch die Kompenſirbarkeit der verjährten Forderung [29]). Von ältern Juriſten ſind wider die Fortdauer des Rechtes nach verjährter Klage z. B. Cocceji [30]), Voet [31]), Rave [32]), M. G. Wernher [33]), Mevius [34]), Müller [35]) u. A. Für Weber's Meinung haben ſich ausgeſprochen z. B. Fricke [36]), Glück [37]), Dabelow [38]), Mackeldey [39]); am weitläuftigſten Guyet [40]), deſſen Abhandlung jedoch am wenigſten an eine Widerlegung zu mahnen ſcheint.

---

21) Archiv f. d. civil. Praxis 10, 2.
22) Zeitſchrift für Civilrecht und Proceß, von Linde, Marezoll und Wening-Ingenheim Bd. 2. H. 2 u. 3.
23) Lehrb. des gem. Civilrechts §. 43. (3te Aufl.).
24) Römiſches Privatrecht I. §. 173.
25) Lehrb. des Pand. R. I. §. 31.
26) Doctr. Pand. §. 712.
27) Lehrb. des Proceſſes §. 156. Not. 12 u. 13.
28) Syſtem des Pand. R. §. 1056. 1062. (7te Aufl.).
29) Verjährungslehre II. §. 258.
30) Diss. de vero debitore absoluto, in deſſen Exercit. curios. II. 44, 2. §. 23.
31) Comment. ad Dig. 44, 3. §. 10.
32) De praescriptione §. 126. 128.
33) Lectiss. Comment. 12, 6. §. 5 et 15.
34) Decis. 8, 486. No. 5.
35) ad Struv. 12, 6. th. 33.
36) D. an compensationi obstet praescriptio? (Helmst. 1794).
37) Erläut. der Pand. Th. 13. S. 100. 380. Th. 20. S. 162.
38) Ueber die Verjährung II. S. 203.
39) Lehrb. des heut. Röm. Rechts §. 199. (8te Aufl.).
40) Archiv f. d. civ. Praxis 11, 5.

31.

Die Präklusion entzieht dem Gläubiger das Recht der Kompensation.

---

§. 1.

„Sollte der Schuldner in der Folge den präkludirten Gläubiger gerichtlich belangen: so leidet es kein Bedenken, daß dieser sich der Kompensation bedienen dürfe.“ So erklärt sich Weber [1]), unter Berufung auf fr. 6. D. 16, 2. de compensat. „Etiam quod natura debetur, venit in compensationem,“ und mit Hinweisung auf die große Aehnlichkeit, welche die Präklusion mit der Verjährung habe. In dem vorigen Aufsatze ist gezeigt, wie die Kompensation sich keinesweges auf eine verjährte Forderung gründen könne. Ist dieses richtig: so dürfte leicht abzunehmen seyn, daß eben so wenig eine präkludirte Forderung sich zur Kompensation eigne. Indessen wird sich hier an einem Rechtsfalle die Unzulässigkeit der Aufrechnung mit einer durch Präklusion zerstörten Forderung noch anschaulicher machen, als es mittelst einer blos theoretischen Untersuchung geschehen könnte.

§. 2.

Die Witwe Hoppe zu Wustrow im Mecklenburgischen hatte ihren Mann zufolge eines gegenseitigen Testaments dergestalt beerbt, daß nach ihrem Tode die eine Hälfte des beiderseitigen Vermögens den Verwandten des Mannes, die andre denen der Frau zufallen sollte. Als Geschäftsführer der Witwe Hoppe hatte der Gerichtsrath N. zu Neustrelitz die Belegung eines Kapitals von 500 Rthlr. besorgt. Weil

---

[1]) Von der natürl. Verbindlichkeit §. 93.

aber die Zinsen dieses Kapitals nicht bezahlt worden: so hatte der Gerichtsrath R., seiner Versicherung zufolge, drei Jahre hindurch aus eigenen Mitteln jene Zinsen der Witwe Hoppe vorgeschossen und auf die Weise 75 Rthlr. ausgelegt. Nach dem Tode der Witwe Hoppe erging eine übliche Ediktalladung an die Gläubiger des Hoppeschen Nachlasses und darauf der Präklusivbescheid in Ansehung derjenigen, die sich nicht gemeldet hatten. Von dem Gerichtsrathe R. war jede Anmeldung unterblieben.

So wenig indessen die Hoppeschen Erben von einer Forderung des Gerichtsrathes R. waren in Kenntniß gesetzt worden, so wenig hatten sie auch um das Daseyn jenes Kapitales gewußt. Erst ein Jahr nach dem Liquidationstermine brachte der Gerichtsrath R. dem Gerichte, welchem die Regulirung der Hoppeschen Verlassenschaft oblag, jene Belegung des Kapitals und den angeblichen Vorschuß zur Kunde, bei der Gelegenheit, da die Zurückzahlung des Kapitals nebst Zinsen bevorstand. Nun entspann sich ein Streit zwischen dem Gerichtsrathe R. und der Witwe Jarchow, der Erbinn der einen Hälfte des Hoppeschen Nachlasses. Als nämlich jenem auf Antrag dieser Erbinn aufgegeben war, wegen der immittelst erhobenen Zinsen Rechnung abzulegen, brachte er die angeblich vorgeschossenen 75 Rthlr. zur Abrechnung. Im Verfolg der Sache suchte er diese Abrechnung theils damit zu rechtfertigen, daß sich die Gegnerinn, wenn sie sich den Abzug nicht wollte gefallen lassen, in dolo befinden und mit seinem Schaden bereichern würde, theils damit, daß einem Geschäftsführer das Retentions- und Kompensations-Recht zustehe. Die Witwe Jarchow hingegen berief sich auf die Präklusion. Diese, meinte sie, müsse der Kompensation um so mehr entgegen stehen, weil ihr Gegner allererst nach erfolgter Präklusion die Zinsen erhoben habe.

§. 3.

Die Göttingische Juristenfakultät hielt, im Jahre 1817,

die Kompensation in diesem Falle für zulässig, indem sie Weber's Meinung als richtig annahm. Selbst Referent in der Sache, befand ich mich in der Minorität. Indessen werden meine ehemaligen hochgeschätzten Kollegen jezt, nachdem über zwölf Jahre seit der Entscheidung verflossen sind, den rein wissenschaftlichen Zweck, welchen ich hier in der Beleuchtung des Rechtsfalles verfolge, gewiß gern gestatten.

Da die Präklusion auf einem richterlichen Bescheide beruht: so muß sie mit der res judicata von gleichen Folgen seyn, obschon sie das Eigene hat, daß man weder die präkludirte oder unterliegende Partei, noch deren Ansprüche, im Augenblicke des erlassenen Präklusivbescheides kennt. Wollte man aber auch mit Weber die Präklusion aus einem ähnlichen Gesichtspunkte betrachten, wie die Verjährung: so ist doch auf keinen Fall zu bestreiten, daß die Präklusion eine zerstörliche Einrede wider den präkludirten Gläubiger gewährt. Mithin würde, der Ausführung in dem vorigen Aufsatze gemäß, die präkludirte Forderung keine Kompensation begründen können. Eben so wenig scheint es mit dem Zweck des Proklams verträglich, zu gestatten, daß ein Gläubiger einstweilen stille sitzen und hinter unversehens im Wege der Kompensation sich wegen seiner Forderung bezahlt machen dürfe. Wäre dieses gestattet: wie bliebe es möglich, sich von dem Belaufe der Schulden einer Masse eine zuverlässige Kunde zu verschaffen und darnach seine Maaßregeln zu treffen? Im vorliegenden Falle hatte der Gerichtsrath R. zu der Zeit, als die Präklusion erfolgte, gar nichts in Händen, woran er Retention oder Kompensation hätte ausüben können, und als dieses möglich geworden war, fand keine kompensirbare Forderung mehr Statt, eben weil die Präklusion sie zerstört hatte.

Uebrigens war das Anführen unerheblich, es seien die 75 Rthlr. vorgeschossen. Sollte der Gerichtsrath R. die Gelder blos in der Absicht vorgeschossen haben, um sie hernach von der Witwe Hoppe selbst wieder zu fordern: so

würde ein solches Vorschiessen nichts anderes als ein Darlehn enthalten, und die daraus entstandene Klage würde durch die Präklusion erloschen seyn. Sollte aber unter Vorschiessen so viel verstanden werden, als Zahlung der Zinsen gegen Uebertragung der Ansprüche, welche der Witwe Hoppe deshalb zustanden: so würde dieses freilich eine Klage gegen den Schuldner der Zinsen gewährt, und den Anspruch der Hoppeschen Erben um den Betrag der cedirten Forderung vermindert haben. Allein eine solche Cession war gar nicht behauptet worden, um darauf die Weigerung zur Herausgabe der streitigen 75 Rthlr. zu stützen.

32.

Die Kompetenz kann nicht wider denjenigen Kläger vorgeschützt werden, welcher keine Leistung begehrt.

Dem zeitigen Nutzniesser eines Familienfideikommisses wurde von einigen Mitgliedern der Familie die Fähigkeit bestritten ferner an den Einkünften Theil zu nehmen, weil er sich, der Verordnung des Stifters zuwider, außer Stand verheirathet habe [1]). Die Verwaltung des Fideikommisses hatte in Gemäßheit der Stiftungsurkunde, ein eigener Administrator, unter Aufsicht der fürstl. Waldeckischen Regierung Es wurde bei derselben der Antrag gemacht, dem Administrator aufzugeben, jede Zahlung an den unberechtigten Beklagten einzustellen. Gegen diesen Antrag schützte der Be-

[1]) Vgl. den Rechtsfall Nr. 5.

klagte unter andern die Einrede der Kompetenz vor, welche er zum Theil deshalb in Anspruch nahm, weil er sein Vermögen seinen Gläubigern cedirt habe. Dieser Grund war jedoch im vorliegenden Fall unzutreffend. Die Kläger würden sich, wäre ihre Klage gegründet, keinesweges als Gläubiger des Beklagten verhalten, keinesweges als solche, welche eine persönliche Forderung geltend machen, gegen deren völlige Erfüllung der Beklagte die Wohlthat der Kompetenz vorschützen dürfte. Vielmehr bestritten die Kläger, ohne eine Leistung zu begehren, dem Beklagten die Fähigkeit, an den von einem Dritten verwalteten Fideikommiß-Einkünften Antheil zu nehmen. Mithin war es unmöglich, daß hier die Kompetenz Platz griff, eine Wohlthat, die ihrer Natur nach nur gegen die gänzliche Erfüllung einer Verbindlichkeit schützen, nur so viel bezwecken soll, daß der Beklagte von seinem Vermögen blos dasjenige hergebe, was er, ohne Noth zu leiden, herzugeben vermag. Hätte man im vorliegenden Falle die Wohlthat der Kompetenz dem Beklagten eingeräumt: so würde dieses, den Grund der Klage einstweilen als beweisbar vorausgesetzt, so viel enthalten haben, als wenn dem Beklagten theilweise eine Rechtsfähigkeit beigelegt wäre, die ihm in Bezug auf den Genuß des Fideikommisses nicht zusteht. So urtheilte unsre Fakultät in Sachen der Herren von B. wider Hrn Karl von B. im Oktober 1828.

33.

Eine Gemeinschaft ohne Vertrag, communio incidens, gewährt keinen Anspruch auf Kompetenz.

Daß ein Beklagter die ihm urtheilsmäßig obliegende Verbindlichkeit nicht vollständig zu erfüllen braucht, daß also der Beklagte nur in tantum verurtheilt wird, in quantum facere potest, mit andern Worten, daß ihm die Kompetenz zusteht, läuft wider die Regel, muß also in jedem Falle streng nachgewiesen werden. Unter die Personen, welche auf die Kompetenz Anspruch haben, zählt das Röm. Recht den Socius. Nun ist es zwar streitig, ob nur ein socius omnium bonorum, oder zugleich ein socius unius rei, die Kompetenz begehren dürfe [1]); allein auf jeden Fall ist es gewiß, daß das Röm. Recht die Kompetenz nur an eine solche Genossenschaft knüpft, die auf der Societät beruht, auf der Verabredung zwischen dem Kläger und dem Beklagten. Eine bloße communio incidens giebt keinen Anspruch auf die Kompetenz [2]), weil sie, ohne Zuthun der Theilhaber entstanden, nicht den Grund für sich hat, weshalb dem Socius die fragliche Wohlthat erwiesen wird, nämlich nicht die auf gegenseitigem Vertrauen oder brüderlichen Liebe beruhende Verbindung. In einer solchen communio incidens befinden sich namentlich diejenigen, denen ein Legat oder eine Erbschaft gemeinschaftlich zugefallen ist [3]). Nach diesen Grundsätzen entschied das Kieler Spruchkollegium

---

[1]) Vgl. Gans und Gensler, im Archiv für die civil. Praxis. 2, 21 u. 22.

[2]) Gensler a. a. O.

[3]) 2. pr. D. 10, 3. communi divid. 31. D. 17, 2. pro socio.

im Okt. 1828 in Sachen v. B. wider v. B., als der Beklagte die Wohlthat der Kompetenz darauf gründen wollte, daß er mit den Klägern an den Einkünften eines und desselben Fideikommisses Theil habe.

34.

Unabhängigkeit der Justiz. Kassation eines richterlichen Erkenntnisses durch die Regierung.

Das Herzogl. Braunschweigische Landesgericht zu Wolfenbüttel erließ unterm 4. Jan. 1830 folgendes Reskript:

„Dem Herzogl. Distrikts-Gerichte werden die mit dessen Berichte vom 29. Sept. v. J. wieder eingesandten Akten, die von dem vormaligen Oberjägermeister, Freiherrn v. Siersdorpff. gebetene Untersuchung des ihm angeschuldigten Vergehens der verletzten Ehrerbietung gegen den Allerdurchlauchtigsten Landesherrn betreffend, in einem Hefte hierbei wieder zugefertigt, und hat dasselbe dem Freiherrn v. Siersdorpff, oder dessen hiesigem Mandatare, Landes-Gerichts-Procurator Dr. jur. Bruns, mittelst der Publication dieses Rescripts zu eröffnen: daß, da in der an Seine Hochfürstl. Durchl. gerichteten Eingabe des Freiherrn v. Siersdorpff vom 16. Juni 1828 eine solche Verletzung Allerhöchstderen Majestätsrechte, wegen welcher von Amts wegen eine peinliche Untersuchung einzuleiten wäre, nicht enthalten ist; diejenige Verletzung der dem Allerdurchlauchtigsten Landesherrn schuldigen Ehrerbietung aber, welche darin zu finden seyn möchte, nach L. un. C. si quis Imperatori maledixerit, nur infolge eines deshalb speciell ertheilten Befehls des Regenten Gegenstand einer Untersuchung und Bestrafung werden kann, ein solcher Be-

fehl indessen, nachdem, gesetzlicher Vorschrift gemäß, an Se. Hochfürstl. Durchl. Bericht erstattet worden, von Allerhöchstdenenselben nicht ergangen ist; dagegen das auf die gedachte Eingabe des Freiherrn v. Sierstorpff aus dem Herzogl. Staatsministerio erfolgte Rescript vom 17. Juni 1828 nach der ausdrücklichen Vorschrift des §. 2. der Canzlei-Ordnung in den Worten: „Insonderlich aber ist Unser unverbrüchlicher Wille, darauf sich alle unsere Unterthanen beständig zu verlassen haben, daß der Justiz bei Unserer Rathsstube, wie nicht weniger bei Unserm Fürstlichen Hofgerichte, ihr richtiger, freier und ungesperrter Lauf gelassen werden soll, u. s. w." von den Gerichten nicht attendirt werden darf: zur Zeit zwar die von dem Freiherrn v. Sierstorpff gebetene Untersuchung nicht Statt finde, jedoch der Rückkehr und dem Aufenthalt desselben in den hiesigen Herzoglichen Landen ein rechtliches Hinderniß nicht entgegen stehe."

Als nämlich der Freiherr von Sierstorpff des seit langen Jahren von ihm bekleideten Amtes eines Oberjägermeisters war entlassen und zu einem Hofamte ernannt worden, derselbe aber die neue Stelle und das darüber ausgefertigte Patent nicht annehmen zu wollen erklärt hatte, war auf höchsten Befehl an den Freiherrn von Sierstorpff die Weisung erfolgt, die Braunschweigischen Lande zu meiden. Dieser Befehl hatte den Verwiesenen bewogen, auf eine gerichtlichen Untersuchung seines Benehmens und die Gestattung der Rückkehr in sein Haus anzutragen. Am Ende war von dem Landesgerichte an das untersuchende Distriktsgericht das obige Reskript ergangen, wornach dem Aufenthalte des Freiherrn von Sierstorpff in den Braunschweigischen Landen ein rechtliches Hinderniß nicht entgegen steht. Laut öffentlicher Nachrichten jedoch ist, auf höchsten Befehl, durch einen abgesandten herzoglichen Hofrath vor dem versammelten Landesgerichte jenes Erkenntniß für null und nichtig erklärt und die Expedition desselben zerrissen worden.

Man wird nicht erwarten, daß ein Verfahren beleuchtet werde, welches im hellsten Lichte und in den grellsten Far-

ben erscheint. Nur ein Paar Worte mögen wider die Erläuterung, welche in einer Art von officieller oder halbofficieller Gestalt gegeben wurde, hier Platz finden. Den Gerichten will man in der Angelegenheit des Hrn von Sierstorpff keine Kognition zugestehen, weil die gegen denselben angeordneten Maaßregeln dem landesherrlichen Polizei-Hoheitsrechte angehört hätten; dem Landesgerichte aber soll es nicht unbekannt gewesen seyn, durch welche höhern Rücksichten die Braunschweigische Regierung bestimmt worden, gegen Hrn von Sierstorpff die bekannten Maaßregeln zu ergreifen; daher habe sich die Justiz unbefugt eingemischt und durch die angeordnete Kassation jenes Rechtsspruchs sei nichts weiter geschehen, als eine Aufrechterhaltung der Landeshoheits-Befugnisse und eine Zurückweisung der Gerichte in die ihnen angewiesene Sphäre.

Wahrlich bliebe alles Vertrauen auf den Schutz der Gerechtigkeit nichts als ein leerer Traum, wenn es der Regierung gestattet wäre, auf eigene Autorität eine Justizsache für eine Polizei- oder Hoheitssache zu erklären und die Gerichte stumm zu machen. Ist es für die Justiz schon verderblich, daß ihr nicht stets die Mittel zu Gebote stehen, die Verwaltungs- oder Regierungsbehörden zur Anerkennung des Rechtes und zur Befolgung richterlicher Verfügungen anzuhalten: so würde es vollends alle Gerechtigkeit aufheben, wenn eine Regierungs- oder Verwaltungs-Behörde die Befugniß hätte, richterliche Aussprüche zu kassiren. Das Mindeste, was man in einem Konflikte der Regierung mit den Gerichten erwarten darf, ist Unabhängigkeit der Gerichte. In der geheimen Kanzlei, im Kabinett, oder wo sonst der Sitz der Regierung ist, mag immerhin über einen Akt der Gerechtigkeit der Verdruß sich Luft machen; aber im Heiligthume der Justiz hat niemand zu befehlen, als die Justiz, und wer sie hier verhöhnt, handle er für sich, oder für wen er wolle, der fühle ihr strafendes Schwert.

War gegen das Landesgericht ein gerechter Grund des

Misvergnügens vorhanden: so war das herzogliche Oberappellationsgericht zu Wolfenbüttel allein die Behörde, bei welcher die Beschwerde anzubringen und von welcher eine Remedur zu erwarten war. Allein was man, wie oben gesagt, dem Landesgerichte vorwirft, ist so unzutreffend, wie möglich. Denn wenn die Regierung von Polizei-Hoheits wegen den Freiherrn von Sierstorpff zu verbannen zureichenden Grund gehabt hat: so hat auch das Landesgericht sich innerhalb seiner Sphäre gehalten, wenn es ausgesprochen, daß ein rechtliches Hinderniß nicht entgegen stehe, um dem Freiherrn von Sierstorpff den Aufenthalt in den herzoglichen Landen zu gestatten. Mehr auszusprechen, hat sich das Landesgericht nicht angemaaßt. Warum beruhigt sich die Regierung nicht bei ihren, von Polizei-Hoheits wegen getroffenen Maaßregeln? Warum begehrt sie, daß die Justiz stumm bleibe in Betreff der Frage, ob von Rechts wegen jene Verbannung stattfindig war?

35.

Die Frage, ob eine Kirchenkasse hinreichende Mittel habe, Neubauten und Ausbesserungen zu bezahlen? ist nach erhobenem Streite von den Gerichten zu entscheiden und keinesweges an die administrativen Behörden zu verweisen.

---

§. 1.

Als im Jahre 1820 die Gebäude der Lutherischen Pfarre zu Ellensen im Hildesheimischen baufällig, das Kirchenärarium

aber angeblich so verschuldet befunden wurde, daß selbiges die laufenden Ausgaben nicht bestreiten konnte: so erließ das königlich Hannöversche Kabinetsministerium an das Konsistorium zu Hannover unter dem 14. Juli 1820 ein Reskript, wornach die Reparatur jener Pfarrgebäude auf Kosten der Parochialdörfer (Ellensen, Eilensen und Krimmensen) sollte ausgeführt werden. Und wiewohl die Gemeinden sich deshalb beschwerten: so wurde doch die erlassene Verfügung bestätigt und auf administrativem Wege die Exekution wegen einer Summe von 574 Rthlr. erkannt. Nunmehr erhoben die Gemeinden im April 1823 bei dem Konsistorium in Hannover eine förmliche Klage wider den Anwald der Kirche zu Ellensen, mit dem Antrage, von den Kosten eines Neubaues oder einer Reparatur der Pfarrgebäude frei gesprochen zu werden, weil sie, einer Verjährung zufolge, nur Hand- und Spanndienste zu leisten sich verbunden hielten. Der Kirchenanwald suchte dawider unter andern durchzuführen, daß der Beweis der behaupteten Immunität unzulässig seyn würde, weil die Kirche zu Ellensen gar kein Vermögen habe, woraus die Reparatur könne bestritten werden. Und wie die Gemeinden replicirt hatten, daß die Kirche nicht arm sei, vielmehr achtzig Morgen Land und baares Geld besitze, so daß sie wohl 600 Rthlr. aufbringen könnte: so duplicirte der Anwald, daß die Frage, wie viel einer Kirche zu ihren unentbehrlichen Ausgaben bleiben müsse, kein Gegenstand richterlicher Entscheidung sei, sondern auf dem administrativen Wege müsse ausgeglichen werden.

Diese Behauptung in der Duplik verdient jedoch, wie die Kieler Fakultät in ihrem Urtheile (Jan. 1825) annahm, durchaus keinen rechtlichen Beifall.

§. 2.

Die ganze Unterscheidung der Justizsachen in Proceßsachen und Regierungs- oder Polizei-Sachen ist in der Theorie

noch viel zu schwankend und in der Anwendung viel zu mislich für die Aufrechthaltung wahrer Rechtspflege, als daß der Richter sich, bei Ermangelung einer bestimmten Gesetzgebung, leicht bewogen fühlen dürfte, eine vorliegende Streitigkeit unter dem Titel einer Regierungs- oder Administrations-Sache von sich abzuweisen. An einer Gesetzgebung aber, welche die Entscheidung über den Wohlstand oder die Armut einer Kirchenkasse auf den so genannten administrativen Weg verwiese, fehlt es im Hannöverschen gänzlich. Und selbst abgesehen von dem Mangel eines bestimmten Gesetzes, liegen auch keine aus der Natur der Sache, oder aus der Analogie anderer Vorschriften, zu entnehmenden Gründe vor, um die Behauptung des Kirchenanwaldes für richtig gelten zu lassen. Freilich ist es wahr, das Konsistorium zu Hannover ist richterliche und Regierungs-Behörde zugleich, indem es die dem Landesherrn zustehenden bischöflichen Rechte wahrnimmt; es mag auch eben so wahr seyn, daß dessen Handlungen, in so weit sie von demselben als administrativer Behörde dürfen vorgenommen werden, zu keiner Beschwerde vor Gericht Veranlassung geben können, obwohl die von dem Kirchenanwalde angeführte Ober-Appellations-Gerichts-Ordnung II. 1. §. 5. darüber nichts Bestimmtes enthält und selbige nur auf gemeine Rechte und Praxis verweiset, der Hannöversche Landtags-Abschied von 1639 aber auf die vorliegende, nach Hildesheimischen Rechten zu beurtheilende Sache, nicht einmal Anwendung leiden könnte. Allein hier ist gerade nur davon die Rede, ob denn wirklich zur Kompetenz der Gerichte, oder zum Wirkungskreise der administrativen Behörde, die Entscheidung über die Vermöglichkeit der Kirche gehöre? Diese Frage wäre für die Gerichte zu entscheiden, so lange man nicht nachweisen könnte, daß hier eine Ausnahme von der Regel, wornach jede Justizsache auch zu einer Proceßsache werden kann, eintreten müßte.

§. 3.

Es fehlt aber auch nicht an Argumenten um gegen eine administrative Behandlung der Frage, ob die Kirche zur Bestreitung der Baukosten reich genug sei, zu entscheiden.

Vor der Reformation fand gegen die Eingepfarrten gar kein gerichtlicher Zwang Statt, zu der Unterhaltung der Kirchen etwas beizutragen. Die Patronatkirchen mußten von dem Patron, zunächst aus der dos ecclesiae, unterhalten werden; andere Kirchen hatte der Bischof zu unterhalten und zu diesem Zweck die quarta fabricae zu verwenden [1]). Alles Einkommen der Kirche beruhete auf freiwilligen Gaben, und erst durch die Trienter Kirchenversammlung wurden die Eingepfarrten verpflichtet, im Nothfall zur Unterhaltung der Patronatkirchen etwas beizutragen [2]).

Nach der Reformation hätten nun freilich die einzelnen Kirchen, insofern es nicht Patronatkirchen waren, mit dem Sturze der Hierarchie in die volle natürliche Freiheit zurücktreten müssen; allein, wenn dieses auch nicht im vollen Maaße Statt gehabt hat: so sind doch alle Beschränkungen der ursprünglichen Freiheit der kirchlichen Gemeinden streng zu erklären. Wenn also auch die Kirchengüter eingezogen und zu weltlichen Zwecken verwandt worden sind, wenn also auch der Landesherr, statt selber aus den eingezogenen Gütern die Kirchen zu unterhalten oder diese Unterhaltung für eine allgemeine Landeslast gelten zu lassen, die einzelnen Kirchengemeinden mit den Baukosten beschwert hat: so muß man doch einräumen, daß die Verpflichteten, welche nach den Grundsätzen der Societät aus eigenen Mitteln die Baukosten zur Unterhaltung ihrer Kirche als zur Förderung und Aufrechthaltung ihres geselligen Zweckes hergeben sollen, ganz vorzugsweise auch bei der Verwaltung ihres eigenen Kirchengutes mit zu sprechen haben. Behaupten nun die Einge-

---

1) Can. 23. 27. Causa 12. qu. 2. cap. 8. X. de consecrat. eccl.
2) Concil. Trident. Sess. 21. de reformat. c. 7.

pfarrten, ihre Kirche sei vermögend genug, vorgefallene Baukosten zu bestreiten: so könnte dem Landesherrn als oberstem Bischofe, oder dessen Behörde, welche nur diese bischöfliche Eigenschaft vertritt, am wenigsten das Recht zustehen, nach beliebiger Weise den Streit der kirchlichen Gemeinde zu schlichten. Denn da der Landesherr als Bischof die Kirche nicht mehr in Bau und Besserung erhält: so wäre kein haltbarer Grund aufzufinden, warum dem Landesherrn als Bischofe noch die Befugniß zustehen sollte, die Vermöglichkeit der Kirchenkasse durch seine bischöflichen Diener beurtheilen zu lassen. Es erscheint mithin viel angemessener, daß eine solche Beurtheilung von den Beamten der Kirche erfolge, und daß der Landesherr über die ganze Verwaltung blos die Aufsicht wie über andre Gemeindegüter führe. Auf keinen Fall aber läßt sich absehen, warum nicht, bei vorfallenden Streitigkeiten über die Zulänglichkeit der Kirchenkasse, die Sache zur richterlichen Beurtheilung gelangen dürfte, um so weniger, da eine solche Beurtheilung, wenn zuvor die nöthigen Nachweisungen ertheilt worden, keine sonderlichen Kenntnisse erheischt.

36.

Ueber das mutwillige Processiren der Armen.

---

§. 1.

Verdienen auf der einen Seite die armen Parteien alle Begünstigung, um ihnen zu ihrem Rechte zu verhelfen, theils durch die Zuordnung geschickter, thätiger und redlicher Anwälde, theils durch vorzugsweise schnelle Beförderung ihrer Sachen in der richterlichen Expedition, und endlich durch die

Kreditirung der Sporteln, so ist es auf der andern Seite nothwendig, auch auf den Gegner einer armen Partei gehörige Rücksicht zu nehmen, damit er nicht durch frevelhafte processualische Angriffe Aerger und Verdruß erdulde und an Zeit und Vermögen Schaden leide.

Die Reichsgesetze verordnen ausdrücklich, daß der Mutwille, womit ein armer Proceßführer seinen Gegner vor Gericht zieht und beschwert, am Leibe gestraft werden soll [1]). Dasselbe verordnen auch Landesgesetze [2]). Allein so wünschenswerth es wäre, diese Gesetze in den geeigneten Fällen mit Nachdruck anzuwenden, so mögen sie doch selten beobachtet werden. Wenigstens überraschte es mich, als ich ein von dem Schleswigschen Obergerichte in Sachen Kühl wider Koos im J. 1825 gesprochenes Urtheil las, mittelst dessen die Klägerinn und Appellantinn wegen Misbrauchs des Armenrechtes mit einer zweimal fünftägigen Gefängnißstrafe bei Wasser und Brod belegt wurde. Der „Misbrauch des Armenrechtes" konnte, den Akten zufolge, nicht in einem fälschlichen Vorgeben der Armut, als worüber kein Streit war, angetroffen seyn, sondern in dem mutwilligen Verfolgen des Processes. Es ist Zeit, dem überhand nehmenden Unfuge der Armenprocesse kräftig zu steuern. Doch untersuchen wir die Zulässigkeit der Bestrafung etwas näher.

§. 2.

Ein strafbarer Frevel ist der armen Partei einzig und allein in dem Falle beizumessen, wenn sie überführt ist,

---

1) Kammergerichts-Ord. v. 1555. 1, 41. §. 3. Reichs-Deputations-Absch. v. 1600. §. 10. Reichs-Hofraths-Ordnung 4, 9.

2) Z. B. Meckl. Hof- und Landg. Ord. 1, 13. §. 4. Güstrowsche Kanzlei-Ord. 1, 9. §. 4. Brem. Hofg. Ord. 1, 13. §. 5. Für Schleswig und Holstein s. die königl. Verordnung v. 11. Dec. 1758, wegen Einschränkung des überflüssigen Gebrauchs der Eide. Dadurch ist der Armeneid abgeschafft, der Misbrauch des Armenrechtes aber bedroht.

Thatsachen für wahr ausgegeben zu haben, obgleich deren Unwahrheit ihr bekannt war. In jedem andern Falle liegt die Schuld, wenn nicht an dem Sachführer oder an dem Gerichte, doch sicher nicht an der unvermögenden Partei. Hätte der Arme zur Begründung seines Anspruchs etwas behauptet, was er zu beweisen nicht im Stande gewesen: so dürfte hieraus noch kein Schluß auf die wirkliche Unwahrheit, geschweige denn auf die bösliche Absicht, gemacht werden. Wie oft ist etwas wahr, ohne daß der Beweis glückt! Wie oft täuschen wir uns selbst in der Ueberzeugung von der Wahrheit!

Was dagegen die irrige Beurtheilung der Thatsachen, so wie die Unkunde des Rechtes, anlangt: so kann wegen derselben eine arme Partei ganz und gar nicht gestraft werden, dafern sie, wie gewöhnlich, unter dem Beistande eines rechtsgelehrten Anwaldes gehandelt hat. Diesem allein ist es beizumessen, wenn namens der armen Partei ein Proceß geführt wird, welcher auf eine unerhebliche oder unschlüssige Thatsache, oder auf Unkunde der rechtlichen Normen und Grundsätze sich stützt. Der Wille der Partei kommt hierbei gar nicht in Betracht; denn kein Advokat ist gezwungen, wider seine Ueberzeugung einen Rechtsstreit zu führen, vielmehr ist es dann seine Pflicht, die Sache aufzugeben. Und hat der Arme dem Ermessen des Sachführers freies Spiel gegeben: so sündigt er unter der Aegide eines Rechtsgelehrten, wenn er eine unrechtliche Sache betreibt. Wäre nun der Ungrund des Anspruchs der armen Partei ausser aller Bedenklichkeit: so würde nichts hindern, den Anwald zu strafen. Fände eine Bedenklichkeit in Betreff der Begründung Statt, wenn gleich, nach richtiger Würdigung, der Anspruch als unhaltbar sich darstellt: so dürfte billiger Weise der Advokat mit einer Ahndung zu verschonen seyn. Die Verschonung wird bei dem Streite, wie er in der Theorie und Praxis über die einfachsten Rechtssätze obwaltet, und bei der Schwierigkeit, in einem gegebenen Falle von etwas außer-

ordentlicher Art sich die richtige Ansicht anzueignen, am häufigsten eintreten müssen.

§. 3.

Besonders lästig und kostspielig wird der Rechtsstreit, wenn er mit Benutzung aller nur möglichen Rechtsmittel durch alle Instanzen geführt wird. Aber gerade wegen Misbrauchs der Rechtsmittel ist eine Ahndung wider den Rechtsbeistand der armen Partei leicht zulässig; schwerlich jedoch wider den Armen selbst. Wer ein richterliches Erkenntniß anzufechten beabsichtigt, muß wohl erwägen, daß er einen Streit wider eine richterliche Autorität beginnt, welche bei zweifelhafter Beschaffenheit der Sache selbst der Oberrichter aufrecht zu erhalten sich geneigt fühlen muß. Ein richterliches Erkenntniß aber, obwohl nur in der untern Instanz ausgesprochen, ist nicht blos eine Autorität, welche Parteien und Sachführer zu achten haben; dasselbe enthält zugleich, in den hinzugefügten Urtheilsgründen, eine Belehrung, welche genaue Erwägung verdient, bevor man den Entschluß faßt, ein Rechtsmittel zu ergreifen [3]). Darum darf kein Beistand einer armen Partei zu einer Anfechtung des Urtheils sich entschliessen, wenn ihm nicht offenbar triftige Gründe zur Seite stehen; wo nicht: so bleibt er verantwortlich, nicht die Partei, welche darin, daß ein Rechtsgelehrter das Rechtsmittel vertheidigt, zureichende Entschuldigung findet. Nicht darauf mag sich ein Armensachwald berufen, daß er alles Mögliche zu versuchen schuldig sei, um den Sieg zu erringen. Solch' eine Entschuldigung, wie sie ebenfalls von Vormündern und Pflegern einer Masse gar häufig versucht wird, ist ganz am unrechten Orte, wo der Versuch des Gelingens durch keine zureichenden, für den Sieg streitenden Gründe unterstützt wird. Man hüte sich zu verwechseln, was

---

[3]) In Schleswig und Holstein fehlt diese Belehruug, weil die Gründe ein Geheimniß bleiben.

oft verwechselt wird, die Möglichkeit, noch eine Instanz zu durchlaufen, und die Rathsamkeit, es zu thun. Daß noch eine Instanz offen steht, rechtfertigt mit nichten die Verfolgung derselben; nur derjenige ist hierzu befugt, und, wenn er für Andre handelt, hierzu verpflichtet, welcher mit ziemlicher Wahrscheinlichkeit auf einen günstigen Erfolg rechnen kann, oder welchem doch eine eigentliche Zweifelhaftigkeit der Sache und somit eine eben so große Wahrscheinlichkeit des Gelingens, wie des Verfehlens, zur Seite steht.

Den Beweis der Schwängerung suchte eine, mit dem Armenrechte versehene Weibsperson, durch Zeugen zu führen. Durch die Aussagen wurde jedoch nichts Sachdienliches bewiesen. Wider die in der untern Instanz erkannte Abweisung der Klägerinn, legte ihr Sachführer die Appellation ein und sie selbst erklärte, dieses Rechtsmittel verfolgen zu wollen. Sie selbst wurde wegen Misbrauchs des Armenrechtes verwarnt; ihr bisheriger Sachführer aber entwarf den Appellationslibell. Der Oberrichter bestätigte den untergerichtlichen Bescheid, verurtheilte die Appellantinn in die Kosten, desgleichen in eine Brüche an den Justizfond, und bestrafte sie mit einer Gefängnißstrafe. Nach meiner Meinung wäre es richtiger gewesen, den Armensachwald aus eigenem Beutel die Kosten tragen zu lassen und denselben in eine Brüche zu verurtheilen, wenn die Beschwerde ohne allen Grund war. Dem Advokaten allein fiel es zur Last, wenn er seinen Beistand einer schlechten Sache geliehen hatte. Auf den Willen der Appellantinn vermogte er sich nicht zurückzuziehen, da er nicht verbunden war, einer frevelhaften Verfolgung Hülfe zu leisten.

Als Kautel mögte es zu empfehlen seyn, daß der Widersacher der armen Partei, so oft diese frevelhaft eine Instanz beginnt, auf eine Warnung an den Armensachwald antrüge und diesen für den Ersatz der Kosten auf den Fall, da das Beginnen für frevelhaft würde erkannt werden, verantwortlich machen ließe. Eine solche Warnung wäre ganz in der Ordnung.

37.

Angebrachter Maaßen wird eine Klage abgewiesen, wenn sie die zu ihrer Begründung nothwendigen Thatsachen nicht bestimmt enthält. Verwechslung der Thatsachen mit Urtheilen und Schlüssen.

Eine Klage auf dreijährige Trennung von Tisch und Bett begründete eine Ehefrau damit: „daß ihr Ehemann der Völlerei sehr ergeben, daß er sie durch Schläge und Stöße so sehr mishandle, daß ihr Leben dabei sehr oft in Gefahr gekommen sei; daß er in solchen Fällen zugleich Mobilien und Effekten zerschlage, so wie er sich alsdann überhaupt als ein unsinniger Mensch betrage.“ Nach verhandelter Sache erkannte das Flensburgische Konsistorium (Jul. 1825): „daß Klägerinn mit ihrer Klage angebrachter Maaßen nicht zu hören;“ ein Erkenntniß, welches von dem Schleswigschen Oberkonsistorium mit Recht bestätigt wurde.

Damit eine gehörige richterliche Beurtheilung und eine angemessene Vertheidigung des Beklagten möglich sei, und damit nicht erst in der Beweisinstanz zur Sprache komme, was der processualischen Ordnung gemäß im ersten Verfahren geprüft werden soll, ist es nothwendig, daß in der Klage alle die Thatsachen mit Bestimmtheit angeführt werden, welche zu ihrer Begründung der Kläger für dienlich erachtet. Und reichen die bestimmt angeführten Thatsachen nicht hin, die Klage an sich zu begründen: so bleibt nichts übrig, als dem Kläger das Gehör zu versagen. Angebrachter Maaßen eine Klage zu verwerfen und so dem Kläger Gelegenheit zu geben, in besserer Gestalt seine Ansprüche vorzutragen, dazu muß sich der Richter um so geneigter fühlen, als hierbei nicht das Formelwesen, worauf wir freilich fast zu wenig

achten, in Betracht kommt, sondern eine zweckmäßige Einleitung und Behandlung der Sache selbst. Gar viele Processe gerathen in eine schlimme Lage durch anfängliche Verpfuschung. Verwirrung und Verweitläuftigung sind die gewöhnlichen Folgen, und ungleich nachtheiliger für beide Parteien, als es eine gleich in erster Instanz erfolgte Abweisung der Klage würde gewesen seyn.

Was erfordert das Wesen einer Klage überhaupt? Was erheischt insbesondere die Natur der vorgetragenen Klage? Diese Fragen sollten den Sachführer beschäftigen, bevor er seinen Libell übergiebt. In dem obigen Falle konnte die Klage auf Trennung von Tisch und Bett allerdings durch lebensgefährliche Mishandlungen begründet und die Völlerei und das unsinnige Betragen zur Unterstützung angeführt werden. Allein die Natur einer solchen Klage, bei welcher jede Thatsache lediglich nach Maaßgabe der Umstände oder Verhältnisse erheblich wird, bringt es mit sich, das Faktische mit seinen Einzelnheiten bestimmt anzugeben [1]). Sonst ist es dem Beklagten unmöglich, sich gehörig einzulassen, zu vertheidigen, zu excipiren, und eben so unmöglich ist es sonst dem Richter, die Erheblichkeit des Klagegrundes zu beurtheilen und bei der Feststellung des Beweissatzes das Erhebliche von dem Unerheblichen zu scheiden. Oefters haben mir die gerichtlichen Akten eben so wohl, als die Arbeiten in dem processualischen Praktikum, worin sich unter meiner Leitung Anfänger üben, Gelegenheit zu der Bemerkung gegeben, daß Thatsachen mit Urtheilen und Schlüssen verwechselt werden. Wenn in der obigen Klage behauptet wurde, der Beklagte sei der Völlerei sehr ergeben: so liegt darin, genau genommen, nur ein Urtheil, welches sich einzig und allein begründen ließ durch den häufigen Genuß geistiger Getränke und den dadurch entstandenen unsinnigen oder thierischen Zustand. Aber nicht eine Thatsache war angegeben,

---

1) Arg. fr. 7. D. 47, 10. de injuriis.

um das über den Beklagten gefällte Urtheil zu rechtfertigen, obwohl nicht wenige Fälle des Betrinkens nöthig sind, um jemand der Völlerei zu zeihen. Schläge und Stöße sind freilich Thatsachen; allein die Umstände, unter welchen sie ausgetheilt waren, hatte die Klägerinn nicht angegeben und es so zweifelhaft gelassen, ob der Beklagte dazu gereizt worden u. d. gl. Daß das Leben in Gefahr gekommen, ist ein Schluß, abgeleitet aus der Mishandlung durch Schläge und Stöße. Sollte dieser Schluß als richtig erkannt werden: so mußte man die Art und Weise kennen, wie der Beklagte geschlagen und gestoßen hatte, womit, ob mit bloßen Händen und Füßen, oder mit einem Prügel, mit einer Waffe, mit einem Geräth u. s. w. Daß er sich überhaupt als ein unsinniger Mensch betrage, ist ebenfalls ein Urtheil oder Schluß, ohne alle Angabe der Handlungsweise, woraus die Behauptung der Klägerinn hervorgegangen ist, mithin ohne irgend eine thatsächliche Unterstützung. Doch ich breche ab; nur in der Kürze habe ich an einem Falle zeigen wollen, wie man die Thatsachen zur Begründung einer Klage anführen müsse. Von Einreden gilt dasselbe.

38.

Ueber den Misbrauch eines Blankets, so wie über die Unzulässigkeit des Exekutivprocesses, wenn dringender Verdacht eines solchen Misbrauchs vorhanden ist.

---

§. 1.

Bei Erörterung der Frage, welche Sachen auf „reiner Hand und Siegel" beruhen? ist der Richter in seinem

Urtheile durch keine gemeinrechtlichen Bestimmungen beschränkt. Eben so wenig mögen die Landrechte diese Frage entscheiden. Auch kann es kein Bedenken finden, daß der Exekutivproceß, als wider die Regel laufend und den Schuldner belästigend, in zweifelhaften Fällen eher zu beschränken als zu begünstigen ist, und daß darum in solchen Fällen, wo dem Anschein nach der Beklagte nicht die Absicht hegt, die Bezahlung einer gerechten Forderung böslicher Weise zu verzögern, oder sich sogar gänzlich derselben zu entziehen, wo er vielmehr einer Uebervortheilung ausweichen zu wollen scheint, der Richter sich weit eher bewogen fühlen muß, den ordentlichen Weg Rechtens zu gestatten, als eine summarische Verhandlung und darauf gegründete Verurtheilung eintreten zu lassen.

Hat der Aussteller die Urkunde eigenhändig blos unterschrieben, ist folglich der Inhalt von anderer Hand: so ist es freilich Regel, die anerkannte eigenhändige Unterschrift von dem Inhalte nicht zu trennen, mithin den Aussteller in Betreff desjenigen für verbindlich zu achten, was der von fremder Hand geschriebene Inhalt in sich faßt. Allein aus erheblichen Gründen kann auch diese Regel verlassen werden. Dieses bezeugen im Allgemeinen J. H. Böhmer [1]), J. P. von Ludewig [2]) und Gönner [3]). Dieses bezeugen in Bezug auf ein Blanket G. Engelbrecht [4]), H. Meier [5]), B. Schultzen [6]), und E. F. Schrötern [7]). Ausdrücklich erklären Meier und Schrötern den Exekutivproceß für

---

[1]) Introd. in jus Digest. XXII, 4. §. 10.

[2]) (Resp. J. M. Semler) Diss. de nexu scripturae et subscriptoris cap. V. §. 8.

[3]) Handbuch des Processes Th. II. S. 374.

[4]) (Resp. R. A. Behrens) D. de charta blanca §. 14.

[5]) (Resp. H. Zobelin) D. de charta blanca §. 28.

[6]) (Resp. H. J. Frone) D. de charta blanca §. 20.

[7]) (Resp. D. F. Schade) D. de charta blanca §. 63.

unzulässig, sobald eine dringende Vermutung des Misbrauchs eines Blankets vorhanden sei [8]).

Die Anwendung dieser Grundsätze kam im Jahre 1822 bei der Kieler Fakultät in einem Rechtsfalle zur Sprache, welcher nicht allein in Betreff des Rechtspunktes durch die entgegen stehende Meinung eines sehr achtungswerthen Spruchkollegiums anziehend, sondern auch durch die Beschaffenheit der dabei zum Grunde liegenden Umstände höchst merkwürdig ist. Da, sicherem Vernehmen zufolge, die durch diesen Civilproceß veranlaßte kriminelle Untersuchung wegen Betrügerei keinen Fortgang mehr hat: so wird die Mittheilung des Rechtsfalles unbedenklich seyn.

§. 2.

Der weil. Kammerherr von B. auf L... ow im Mecklenburgischen wird von seinen Erben als ein Mann geschildert, welcher notorisch reich gewesen und meistens mehr baares Geld vorräthig gehabt, als er zu belegen sichere Gelegenheit gefunden, und welcher daher vielleicht nur ein Mal in seinem Leben, bei der plötzlichen Etablirung eines seiner Söhne im Jahre 1811, eine irgend bedeutende Summe angeliehen habe. Mit den Gebrüdern W. aus Hamburg soll eben dieser Kammerherr v. B., während er den Brunnen zu Pyrmont besucht, im Jahre 1804 wegen Einkaufs von Pretiosen in Verkehr gestanden haben. Namentlich giebt ein von dem Kammerherrn v. B. angeblich ausgestellter, unter dessen nachgelassenen Papieren aufgefundener Aufsatz vom 1. December 1804 die Auskunft: Jene Gebrüder W. hätten

---

[8]) Schrötern (Resp. Schade) sagt: „Quod si tamen praesumtio falsi fortior appareat, v. g. si actor chartam blancam subscriptam et sigillatam in manibus habuerit, homo levis sit, in quem suspicio falsi facile cadat etc. et reus conventus praesumtiones ejusmodi in continenti probet, vel quaestio falsi terminanda, vel ad diffessionem contentorum juratam admittendus reus erit, prinsquam decernatur exccutio.“

sein Siegel, in Lack abgedruckt, nebst seiner Unterschrift, gekaufter und nicht eingelöseter Sachen wegen in Händen; sie hätten ihn in manchem Betrachte betrogen, und es könnte sich deshalb leicht zutragen, daß jene Schwindler (wie Hr. v. B. sie nennt) Prätensionen oder wohl gar falsche Wechsel, von ihm ausgestellt, nach seinem Ableben zum Vorschein brächten; weshalb er denn, seinen Nachkommen zur Notiz, auf das feierlichste, und so wahr ihm Gott helfe durch Jesum Christum, erkläre, daß er dem Joseph W. nichts schuldige, dem Herz W. aber unter einer (im vorliegenden Falle unerheblichen) Bedingung, fünf Louisdor bezahlen werde.

Nachdem im Jahre 1811 der Kammerherr von B. gestorben war, bewirkten seine Erben eine Ediktalladung sämmtlicher, etwaniger Gläubiger. Hierauf meldete sich unterm 29. Mai 1812 der Lombardier M. aus Hamburg mit einem Darlehn von 10750 Rthlr. in Golde, sammt Zinsen zu vier Procent seit Trinitatis 1811, in Gemäßheit eines von dem Erblasser eigenhändig unterschriebenen, und mit dessen Pettschaft versehenen Schuldscheines, welcher, datirt Hamburg den 12. September 1809, dem genannten M. als Darleiher ausgestellt worden. Dieser M., vormals Kaufmann in Hamburg, jezt Lombardier, hat bescheinigter Maaßen zwei Male fallirt, im September 1803 mit einer Schuldenlast von 32000 Mk., im Februar 1806 mit 60000 Mk. Daß beide Fallitsachen im März 1813 noch nicht beendigt gewesen und namentlich die Curatores bonorum von ihrer Kuratel noch nicht entlassen worden, darüber haben die B—schen Erben ebenfalls eine Bescheinigung beigebracht. Gleichwohl behauptet M., dem Kammerherrn von B. unter dem 12. Septbr. 1809 die Summe von zehntausend siebenhundert und funfzig Thaler baar vorgeliehen und darüber jenen Schuldschein erhalten zu haben. Daß um jene Zeit der Kammerherr von B. als Fremder in Hamburg angekommen war, ergeben die Hamburgischen Addreß-Comtoir-Nachrichten. Unterschrift und Siegel haben die B—schen Erben als richtig

anerkannt; allein den Inhalt des Schuldscheines erklärten sie für falsch.

Diesen Inhalt anlangend: so besagte die Handschrift, daß bis zu Trinitatis 1811, also ungefähr bis ein und dreiviertel Jahr nach der Ausstellung, keine Zinsen, von da an aber vier Procent sollten gezahlt werden. Zur besondern Hypothek waren die Güter K—ow und Bleese verschrieben, obgleich, wie die B—schen Erben behaupteten, und ihr Gegner nicht in Abrede stellte, das Dorf Bleese seit undenklichen Jahren nur noch dem Namen nach existirt.

Das Aeußere betreffend: so war zu der Verschreibung ein ungestempelter ganzer Bogen gebraucht; der Bogen war in Briefform viermal gefaltet und eingeschlagen gewesen; die Feder, womit der Inhalt geschrieben, hatte da, wo der Bruch des Papiers sich durchkreuzt, augenscheinlich einen Widerstand gefunden, bei den Wörtern nämlich in der achten Zeile: mich und Verzicht, welche ungewöhnlich gespreizt erschienen; an den vier Stellen, wo sich die Falten durchkreuzten, entdeckte man in dem Papiere, gegen das Licht gehalten, einen Durchbruch; die Unterschrift war mit anderer Tinte geschrieben, als die übrige Schrift; endlich war bei der sonst sehr deutlichen Schrift nicht blos die Interpunktion öfters unterblieben, sondern es hatte sich auch der Schreiber mehrerer unzweifelhaften Fehler gegen die Rechtschreibung schuldig gemacht, z. B. auf dem Fall, statt auf den Fall; ferner wieder Verhoffen, statt wider Verhoffen; desgleichen von keinen Nutzen, statt von keinem Nutzen.

§. 3.

Auf den Grund dieser Handschrift erhob der Lombardier M. bei der Justizkanzlei in Schwerin eine Klage wegen der seit Trinitatis 1811 bis 1812 rückständig gebliebenen Zinsen, und bat deshalb um einen unbedingten Zahlungsbefehl, nachdem die B—schen Erben ihres Erblassers Unterschrift und Siegel anerkannt und sich nur in Ansehung des

Inhaltes, den sie für falsch und unächt erklärt, zum Diffessionseide erboten hatten. Indessen wurde den Beklagten ferner Gehör verstattet; die Akten wurden auf Nachsuchen des Klägers versendet, und das hierauf am 8. Sept. 1815 eröffnete, von G. eingeholte Urtheil, lautete dahin:

„daß Beklagte die liquiden, vom termino trinitatis 1811 bis dahin 1812 auf das Kapital von 10750 Rthlr. in Golde fällig gewordenen Zinsen zu 4 Procent, wenn Kläger deshalb zuvörderst eine bündige Sicherheit auf den Fall, daß er zu deren Zurückzahlung angehalten werden sollte, geleistet haben würde, dem Kläger binnen Ordnungsfrist zu bezahlen schuldig. Würden sodann Beklagte den Grund ihrer vom Kläger geläugneten Einrede dahin: „daß dem Inhalte der gegenseits pro„ducirten Urkunde vom 12. September 1809 ein Be„trug zum Grunde liege, und die Unterschrift des ver„storbenen Kammerherrn von B. dabei gemisbraucht „worden," besser, als geschehen, binnen Ordnungsfrist wie Recht erweisen: so erginge, dem Kläger den Gegenbeweis, beiden Theilen die Eidesdelation und andere rechtliche Nothdurft vorbehalten, sowohl in der Sache, als der Proceßkosten halber, ferner was recht ist."

Wider dieses Urtheil ergriffen die verklagten B—schen Erben die Appellation, hauptsächlich darüber sich beschwerend, daß die Verbindlichkeit, die Zinsen zu zahlen, nicht bis nach Erledigung des Beweisverfahrens über den Betrug ausgesetzt worden, vielmehr die Zinsenzahlung schon jezt gegen Kaution erfolgen, der Beweis des Betrugs aber in einem Separatverfahren beigebracht werden sollte. Was sonst noch theils von den Beklagten, theils von dem Kläger, als Beschwerde dargestellt wurde, ist für unsere jetzige Betrachtung eben so unerheblich, als es die Einzelnheiten des Appellationsprocesses sind. Abermals auf Ansuchen des Klägers wurden die Akten von dem großherz. Oberappellationsgerichte verschickt.

§. 4.

Den oben angeführten Rechtsgrundsätzen gemäß, schien unserer Fakultät der Exekutivproceß unzulässig, wenn eine dringende Vermutung des Misbrauchs der fraglichen Unterschrift und Besiegelung vorhanden wäre. Eine solche Vermutung aber ließ sich aus den vorliegenden Umständen, theils einzeln, theils in ihrem Zusammenhange betrachtet, allerdings begründen.

Zuvörderst schien es, um den vorliegenden Fall zu beurtheilen, nicht unwichtig, daß der Kammerherr von B. einstens ein Blanket ausgestellt hatte. Die Richtigkeit der von demselben darüber hinterlassenen Notiz war von dem Lombardier M. nicht in Zweifel gezogen, vielmehr hatte dieser sich dahin geäußert, daß wohl mehrere Blankets ausgestellt worden; eine Aeußerung, welche zugleich die hohe Wahrscheinlichkeit verstärkte, daß dem Hrn von B. wenigstens in so weit, als er überhaupt ein Blanket ausgestellt zu haben eidlich versichert, zu glauben sei. Ob aber die übrige Versicherung des weil. Kammerherrn von B., daß er den Brüdern W. nichts schuldig geblieben, mit der Wahrheit übereintreffe, war in unserm Falle völlig gleichgültig, da der Kläger M. nirgends behauptet hatte, aus jenem Blanket ein Recht ableiten zu können.

Daß nun die streitige Obligation zunächst ein Blanket gewesen, wurde durch ihre äußere Beschaffenheit höchst wahrscheinlich. Denn das Papier war 1) allem Anschein nach früher, als die Schuldverschreibung darauf geschrieben worden, viermal gefaltet und eingeschlagen gewesen, weil die Feder an einigen Stellen der Falte einen Widerstand gefunden hatte. Daß dieses Falten ziemlich lange vor der Beschreibung Statt gefunden, war gleichfalls höchst wahrscheinlich, weil das an sich starke Papier an den Ecken der Falten schon abgenutzt und sogar durchbrochen war; ein frisches Falten auch jenen Widerstand schwerlich würde veranlaßt haben. 2) Möglich zwar wäre es, daß der zur Hand-

schrift benutzte Bogen Papier vor dem Niederschreiben des Inhalts nicht mit Unterschrift und Siegel versehen, mithin ganz unbeschrieben gewesen wäre; allein höchst unwahrscheinlich blieb diese Voraussetzung um deswillen, weil wohl niemand leicht zu einer so wichtigen Urkunde, wie die über ein Darlehn von 10750 Rthlr., einen abgenutzten oder beschädigten Bogen Papier nehmen wird. 3) Durch die Verschiedenheit der Tinten der Unterschrift und des Inhalts wurde es zwar nicht wahrscheinlicher, daß die Unterschrift älter sei, als die übrige Schrift; allein der Umstand, daß eine solche Verschiedenheit sichtbar war, paßte doch überhaupt zu der Voraussetzung, daß ein Blanket die Grundlage der streitigen Handschrift gewesen war. 4) Daß die Unterschrift älter war, als die übrige Schrift, ließ sich durch Schreibverständige freilich kaum ausmitteln. Indessen hatten bereits am 6. Juli 1812 drei Sachverständige die Unterschrift für älter gehalten, obgleich sie sich über das Ganze kein bestimmtes Urtheil hatten gestatten mögen und ihre Meinung unbeschworen war. 5) Selbst der Eindruck des Ganzen ließ den Inhalt für jünger erachten, als die Unterschrift. Bei wichtigen Urkunden pflegt man z. B. nicht leicht, so wie in der fraglichen Obligation, die erste Zeile so hart oben an zu drängen, und dagegen unten mehr Raum zu lassen. Insbesondere verrieth sich ein Bemühen, gerade da, wo die Unterschrift befindlich war, den Inhalt zu enden. Dies verrieth sich nämlich in dem Schwanken zwischen gedrängten und breitern Zeilen.

§. 5.

War es demnach höchst wahrscheinlich, daß man bei Anfertigung der Obligation ein Blanket benutzt hatte: so sprachen ferner die Art der Abfassung und der Inhalt der Urkunde eben so wohl, als die Verhältnisse des angeblichen Gläubigers, für die Vermutung eines Misbrauchs des Blankets.

Anlangend die Art der Abfassung: so konnte es unter Voraussetzung gewöhnlicher Umstände nicht leicht glaub-

lich erscheinen, daß sich der Darleiher eines so beträchtlichen Kapitals, wie die Summe von mehr als zehntausend Thaler, mit einer bloßen Handschrift ohne alle weitere Beglaubigung von Zeugen, Notarien oder Gerichtspersonen, sollte begnügt haben. Ein so großes Zutrauen in die Redlichkeit und Sicherheit des Schuldners würde ein gewöhnlicher Kapitalist kaum dann, wenn er mit den persönlichen Verhältnissen und den Vermögensumständen seines Schuldners genau vertraut geworden wäre, gegen sich selbst zu verantworten sich getrauen. Hier aber wollte ein Mann, der zweimal Konkurs gemacht, ein so großes Kapital lediglich der Privathandschrift eines Fremden anvertrauet haben, eines Fremden, der ihm sehr unbekannt muß gewesen seyn; denn sonst würde wohl der Kläger, da ihm die Veranlassung so nahe gelegen, sich über seine Bekanntschaft mit dem verstorbenen Kammerherrn von B. näher ausgewiesen haben. Dies hatte Kläger selbst in derjenigen Schrift unterlassen, die er unaufgefordert, als präokkupatorische Vorstellung wider die Appellation der B—schen Erben, zu dem Zwecke überreichte, um den Verdacht eines Betruges zu entfernen.

Nicht ohne Anschein war sogar die Mutmaaßung, daß die Verschreibung ohne Zuziehung eines Rechtsgelehrten, vielleicht nach einem Muster, aufgesetzt worden. Hätte man sie nämlich einem Sachverständigen zur Durchsicht vorgelegt: so würde ein solcher, wenn auch nicht die Interpunktion ergänzt, doch wahrscheinlich die Sprachfehler berichtigt haben. Darf man aber annehmen, daß bei einem Schuldscheine über ein so beträchtliches Kapital, wenn es mit dem Darlehn seine Richtigkeit hätte, nicht einmal ein Jurist mit Rath und Beistand wäre zugezogen worden?

§. 6.

Sodann ergaben sich aus dem Inhalte der Handschrift mehrere Umstände, den Verdacht einer Betrügerei zu begründen. Kläger hatte selbst das Unpassende anerkannt,

welches, den Behauptungen der B—schen Erben zufolge, in der Verpfändung des Gutes Bleese anzutreffen war; er hatte sich nur durch Voraussetzung eines Irrthums oder einer Nachlässigkeit auf Seiten des Ausstellers der Handschrift zu helfen gesucht. Aus dieser Art der Vertheidigung war anzunehmen, daß im gemeinen Leben ein Gut Bleese allerdings nicht für existent gehalten werde, und daß daher die Vermutung, der Kammerherr von B. habe die Handschrift nicht ausgestellt, wenigstens um etwas eine Verstärkung erhalte, obschon aus einer in öffentlichen Blättern bekannt gemachten Aufforderung der großherz. Lehnkammer, die Errichtung von Hypothekenbüchern betreffend, der Referent ersehen hatte, daß darin das B—sche Gut L—ow mit der Pertinenz Bleese aufgeführt worden.

Ferner mußte es, die Zeitumstände von 1809 erwogen, freilich befremden, wenn ein Kaufmann ein starkes Kapital zu vier Procent herlieh, und dazu einem Ausländer, und auf bloße Privathandschrift! Um dieses Befremden zu vermindern, genügte weder die von dem Kläger gegebene Andeutung, der Kammerherr von B. habe sich notorisch mit Geldgeschäften abgegeben und daher das fragliche Kapital zu vier Procent gut gebrauchen können, noch die Anführung, Kläger habe als ein sorgsamer Hausvater das Kapital vor gewaltsamer Wegnahme durch Feindes Hand zu retten gesucht. Allein dessen ungeachtet war aus der Festsetzung von vier Procent, um einen Betrug darzuthun, nichts zu folgern; denn angenommen, es wäre wirklich ein Betrug gespielt worden: so hätte der Betrüger eben so wohl fünf, als vier Procent, sich verschreiben können. Sollten jedoch die vier Procent nicht vielleicht in der Absicht niedergeschrieben seyn, um es wahrscheinlicher zu machen, daß der Kammerherr von B., als ein reicher Mann, zu der Anleihe sich habe bestimmen lassen können? Gerade eine solche Absicht schien um so eher mutmaaßlich, als man sich sonst auf eine befriedigende Art den Grund der niedrigen Zinsen unter den angegebenen Um-

ständen nicht zu erklären vermogte. Denn an einer aufrichtigen und gehörig zusammenhängenden Erzählung der Umstände, unter welchen die vorgebliche Anleihe zu Stande gekommen, hatte es der Kläger bisher mangeln lassen.

Am dringendsten wurde der Verdacht eines Betruges dadurch begründet, daß von einem so großen Kapitale während des ersten Zeitraums von ungefähr ein und dreiviertel Jahren gar keine Zinsen sollten gezahlt werden. Wie ließ sich dieses erklären? Gerade diesen ganz vorzüglich erheblichen Umstand hatte der Kläger nicht blos in seiner präokkupatorischen Vorstellung wider die Appellation der Beklagten, sondern auch in seinen Exceptionalien wider den Appellationslibell, mit Stillschweigen übergangen, und eben dadurch in einem hohen Grade den Argwohn verstärkt, welcher theils von seinen Gegnern, theils in den Gründen des von G. eingeholten Urtheils, ausgesprochen worden. Nach dem Inhalte der Verschreibung vom 12. Sept. 1809 sollte nämlich der Zinsenlauf mit Trinitatis 1811 anheben; es konnten also, wenn man die Zahlung in halbjährigen Terminen als stillschweigend verabredet annehmen dürfte, die Zinsen erst Antony 1812, im entgegengesetzten Falle aber erst Trinitatis 1812, zum erstenmale fällig werden. Da nun der Kammerherr von B. bereits im Jahre 1811, also auf jeden Fall vor Eintritt des ersten Termins, verstorben war: so wurde es mutmaaßlich, daß jener Erlaß der Zinsen nur darum niedergeschrieben worden, um ein Zusammentreffen mit dem angeblichen Schuldner selbst, der natürlich besser, als dessen Erben, die Sache aufzuklären vermogte, zu vermeiden. Wenigstens mußte man dieser Mutmaaßung vor der Hand und bis dahin Raum geben, daß etwa eine haltbare Aufklärung über diesen Punkt von dem Kläger zu seiner Rechtfertigung würde ertheilt werden.

§. 7.

Endlich wurde die Mutmaaßung eines Betrugs durch

die frühere Lage des Klägers in keinem geringen Grade verstärkt. Zweimal hatte der Kläger seine Unzahlfähigkeit erklärt. Gleichwohl will er noch während des zweiten Konkurses, viertehalb Jahre nach dem Ausbruche desselben, im Stande gewesen seyn, die in Frage befangene große Summe herbeizuschaffen. Das ist an sich unwahrscheinlich; aber es wurde hier um so unwahrscheinlicher, als der Kläger, statt den Angriffen auf seinen guten Namen in umständlicher Entwickelung seiner Lage entgegen zu kommen, sich damit begnügt hatte, die möglichen Umstände aufzuzählen, unter welchen jenes Anlehn dennoch hätte Statt finden können. Man konnte es zwar im Allgemeinen zugeben, daß vielleicht dritte Personen einen Antheil an dem vorgeblichen Darlehn gehabt hätten; man konnte vielleicht sogar die Voraussetzung nicht verwerflich finden, daß dritten Theilhabern die Darlegung ihres Verhältnisses zu dem Kläger und zu dem vorgeblichen Darlehn unangenehm seyn mögte. Aber hier, wo es darauf ankam, sich gegen einen dem Kläger von seinen Gegnern unumwunden angeschuldigten Betrug zu rechtfertigen, und wo so Vieles sich vereinigte, dieser Anschuldigung Wahrscheinlichkeit zu verleihen, hätte der Kläger offen und genau seine damaligen Vermögensumstände schildern müssen.

Sogar den Vorwurf eines doppelten Bankerots hatte der Kläger so gleichgültig aufgenommen, daß er darüber weder in seiner präokkupatorischen Vorstellung, noch in seiner Vernehmlassung auf den Appellationslibell, etwas Sachdienliches zur Aufrechterhaltung seines guten Namens beigebracht hatte, da ihm doch als ehemaligem Hamburger Kaufmann wohl bekannt seyn mußte, wie groß der Unterschied ist zwischen einem unglücklichen Falliten und einem mutwilligen oder betrügerischen Bankerotirer. Sich gegen den, wenn auch nur leisen, Argwohn eines betrügerischen Bankerots zu decken, hätte ihm um so dringender am Herzen liegen müssen, als die vorliegende Sache eine solche ist, bei welcher die Per-

sönlichkeit des angeblichen Darleihers, und namentlich, ob nach Maaßgabe seines frühern Lebens man sich eines Betruges zu ihm wohl versehen könne, ganz vorzüglich mit in Betracht kommt.

§. 8.

Nach den hier entwickelten Gründen urtheilte unsere Fakultät, daß der Verdacht, es beruhe die streitige Schuldverschreibung auf einer Betrügerei, in einem so hohen Grade vorhanden sei, daß man die in Frage befangene Sache für eine, auf reiner Hand und Siegel beruhende, zum Exekutivprocesse sich eignende, keinesweges achten könne. Deshalb wurde (Febr. 1822) das vorige Urtheil dahin geändert, daß die Beklagten mit der ihnen gegen Kaution auferlegten Zahlung der eingeklagten Zinsen zur Zeit noch zu verschonen seien, folglich die Verbindlichkeit der Zahlung von dem Schicksale des den Beklagten auferlegten bessern Beweises der Betrügerei abhängig bleibe. Die Beklagten bereits gegenwärtig zum Diffessionseide, ihrem Erbieten gemäß, zuzulassen, schien schon deshalb unzulässig, weil sonst, nachdem die Streitsache in den Gang des ordentlichen Processes gelangt war, dem Kläger der an sich zuständige Gegenbeweis würde abgeschnitten gewesen seyn, ein Gegenbeweis aber wider die bisher aufgestellten Vermutungen allerdings möglich blieb.

39.

In wie fern ist es nothwendig, daß der Beweisführer wenigstens eine Abschrift oder einen Auszug der Urkunde, welche er in Händen hat und womit er zu beweisen gedenkt, sofort bei Antretung des Beweises oder doch innerhalb der Beweisfrist überreiche?

§. 1.

Die Proceßlehrer schreiben vor, daß der Beweisführer innerhalb des Beweistermins diejenige Urkunde, wodurch der Beweis angetreten wird, wenigstens in Abschrift beibringen müsse, der Regel nach vollständig, ausnahmsweise in einem Auszuge [1]). Von diesem Erfordernisse gestatten sie wenigstens in dem Falle, da der Producent die Urkunde in Händen hat, keine Ausnahme. Diese Vorschrift empfiehlt sich insofern, als man ihr den Zweck unterlegt, sogleich beim Antritt des Beweises ermessen zu können, ob und in wie weit die Urkunde, deren Original längstens im Produktionstermine vorzulegen ist, zur Führung des in Frage stehenden Beweises dienlich sei. Wäre die Urkunde ganz unerheblich: so würde gar kein Produktionstermin Statt finden. Ebenfalls mögte sich jene Vorschrift darum rechtfertigen lassen, weil die Beibringung der Abschrift über die Identität der Urkunde, welcher man sich zum Beweise zu bedienen gedenkt, keinen Zweifel weiter gestattet. In Ermangelung einer solchen Abschrift würde vielleicht im Produktionstermine eine andere Urkunde zum Vorschein kommen, als welche der Pro-

---

1) Z. B. Clayroth, Einleitung in den ord. bürg. Proceß Th. II. §. 231. Martin, Lehrb. des bürg. Proc. §. 198.

ducent beim Antritt des Beweises im Sinne gehabt hat; und dann würde, im Grunde genommen, eine Ausdehnung der Beweisfrist bis zum Produktionsverfahren eingetreten seyn. Wie zweckmäßig aber auch im Ganzen jene Vorschrift seyn mag: so darf doch nicht vergessen werden, daß sie (abgesehen von Land- und Stadtrechten) weder ein Gesetz für sich hat, noch ihre Nothwendigkeit in der Natur der Sache gegründet ist. Auf keinen Fall stellt sich das sofortige Beibringen einer Abschrift oder eines Auszuges als nöthig, im Gegentheil als überflüssig dar, wenn der Inhalt der Urkunde bereits hinreichend in den Akten bezeichnet ist, sollte dieses auch nicht wörtlich, sondern nur der Sache nach geschehen seyn. Am wenigsten aber kann man das, was die Prozessualisten in dieser Hinsicht erfordern, so verstehen, als wenn im Fall der Unterlassung der Beweis für desert anzusehen wäre.

So urtheilte unsre Fakultät im J. 1819 in Sachen Wellmitz wider Krempien. Jener sollte beweisen, daß er an diesen 67 Lth Werg abgeliefert habe. Diesen Beweis trat Producent innerhalb der Beweisfrist theils durch den Vorschlag eines Zeugen an, theils durch Berufung auf sein Memorial, welches er, wie er sagte, im Produktionstermine originaliter überreichen werde, und worin die Ablieferung der 67 Lth Werg notirt sei. Als nach einigen Zwischenhandlungen Termin zur Abhörung des Zeugen anberaumt wurde, folgte in dem desfallsigen Bescheide des Gerichtes in Rostock der Zusatz: „Wegen Produktion und Beglaubigung seines, des Producenten Buches, ergehe das Weitere, wenn er den passum concernentem ac probantem werde extrahirt und vorgelegt haben." Hiergegen erhob der Produkt Beschwerde, weil nicht vielmehr dahin erkannt worden, daß der Producent überall nicht mehr zur Produktion seines Memorialbuches zuzulassen sei; denn beim Antritt des Beweises habe Producent weder sein Memorialbuch in Urschrift, noch einen Auszug desselben beige-

bracht. Der Beweistermin aber sei peremtorisch, mithin könne das Memorialbuch nicht mehr als Beweismittel dienen. Allein die oben entwickelten, hier zutreffenden Gründe, wurden von der Fakultät mit geltend gemacht, um die Beschwerde zu verwerfen.

§. 2.

Die Zellesche Oberappellationsgerichts-Ordnung scheint die Beibringung einer Abschrift innerhalb der Beweisfrist mit der Strafe des Ausschlusses zu bedrohen, indem sie verfügt: „Nach abgeflossnem termino probatorio aber soll dem Beweisführer solche Documenta, davon er keine Copeien vorhin übergeben, zu produciren nicht verstattet werden, es wäre denn in causis minorum, universitatum und dergleichen, da das beneficium restitutionis in integrum statt hätte; oder in solchen Fällen, darin auch nach Beschluß der Sache solche Instrumenta vorgebracht werden können, oder da einer sodann erst solche Briefe aufgefunden.“ [2]). Da jedoch aus den gestatteten Ausnahmen („es wäre denn“ ꝛc.) sich ergiebt, daß es nur die Absicht gewesen, in der Regel solche Urkunden vom Beweise auszuschliessen, welche dem Beweisführer zwar zu Gebote standen, auf welche er sich aber innerhalb der Beweisfrist nicht bezogen hat: so mögte anzunehmen seyn, daß die Anlegung einer Abschrift beim Antritt des Beweises nur deshalb zunächst erfordert werde, um über die Urkunden, wodurch der Beweis bezweckt wurde, nicht in Zweifel zu seyn. Ueberdies könnte man den Grund jener Anordnung darin suchen, weil aus der Abschrift die Erheblichkeit des Inhalts der Urkunde hervorgeht. Wenn also, ohne innerhalb der Beweisfrist eine Kopei beizubringen, die Urkunde nach Gestalt und Inhalt nothdürftig bezeichnet worden: so dürfte

---

[2]) Zellesche O. A. G. O. 2, 8. Sect. 2. §. 1. (S. 145. der Hagemannschen Ausg.)

in dem bloßen Mangel der Abschrift keine Ausschliessung der Urkunde als Beweismittel begründet, vielmehr nach Umständen entweder die nachträgliche Einlieferung einer Abschrift zuvörderst aufzugeben, oder sofort ein Produktionstermin anzusetzen seyn.

40.

Wer ist ein Zeuge in eigener Sache, in dem Sinne, um für gänzlich unfähig gehalten zu werden?

Gesetzlich soll niemand zum Zeugniß in re propria zugelassen werden [1]). Daß die Parteien, welche mit einander den Proceß führen, Zeugen in eigener Sache seyn würden, wenn man sie zum Zeugnisse zuliesse, ist von selbst einleuchtend. Dagegen kann es zweifelhaft scheinen, welche dritte Personen, die keine Parteirolle haben, für Zeugen in eigener Sache zu halten sind? Ausdrücklich ist diese Frage in unsern Rechtsquellen nicht entschieden. Allein sie läßt sich durch Analogie beantworten. Nach dem ältern Rechte war die Frist zur Einlegung der Appellation eine zwei oder dreitägige, jenachdem der Appellant propriam oder alienam causam vertheidigte. Nun entstand die Frage, welches ist eine propria causa, welches eine aliena? Ulpian antwortet: . . . „palam est, eam esse propriam causam, cujus emolumentum vel damnum ad aliquem suo nomine pertinet.“ Dann fährt er fort, um die Anwendung zu zeigen: „Quare procurator, nisi in suam

1) 10. D. 22, 5. de testibus, 10. C. 4, 20. de testibus.

rem datus est, tertiam diem habebit; in suam autem rem datus, magis est, ut alteram diem observet. .... Tutores, item defensores rerum publicarum, et curatores adolescentium vel furiosi, tertiam diem habere debent, idcirco quia alieno nomine appellant.“ [2]). Hiernach ist es ausgemacht, daß nur derjenige in re oder causa propria vor Gericht auftritt, welcher auf eigenen Namen, auf eigene Rechnung, Vortheil oder Nachtheil von dem Ausgange des Rechtsstreites zu hoffen oder zu fürchten hat. Daher würden aus dem Gesichtspunkte einer res propria nicht einmal Tutoren, Kuratoren, und gewöhnliche Bevollmächtigte, von dem Zeugnisse auszuschliessen seyn, da diese Personen nicht auf eigene Rechnung handeln. Und in der That giebt es Statuten, welche im Nothfall auch die Vormünder ohne Unterschied zum Zeugniß zulassen [3]). Doch gemeinrechtlich sind Vormünder und Bevollmächtigte, wenn sie den Proceß selbst betreiben, als Zeugen in diesem Processe deshalb verwerflich, weil sie, obschon auf fremde Rechnung, doch als Partei, mit dem Streben nach dem Siege, den Rechtsstreit führen und diese Parteilichkeit durchaus unvereinbar mit der wesentlichsten Eigenschaft eines Zeugen ist [4]).

Wer weder im Processe eine Parteirolle übernommen, noch für seine Person oder sein Vermögen von dem Ausgange des Processes Gewinn zu erwarten oder Schaden zu fürchten hat, ist solchemnach nicht als testis in propria causa zu betrachten und unter diesem Gesichtspunkte nicht unfähig zum Zeugniß, wenn er auch aus andern Gründen verdächtig seyn mag. Daher ist es auch begreiflich, wenn das kanonische Recht sogar Theilnehmern einer Korporation,

---

[2]) 1. §. 11—13. D. 49, 4. Quando appellandum sit.

[3]) Lübsches Stadtrecht 5, 7. Art. 20. Rostocksches Stadtrecht 5, 7. Art. 12.

[4]) Vgl. den folg. Aufsatz über die Executores negotiorum etc.

nach Befinden der Umstände, ein Zeugniß zum Besten ihrer Korporation gestattet [5]). Diesen Grundsätzen folgte die Kieler Fakultät im J. 1819 bei Gelegenheit des nachstehenden Rechtsfalles.

Der Schiffer Krempien in Rostock hatte dem Zuchthaus-Inspektor Wellmitz daselbst eine Quantität alten Thauwerks, nach Krempien's Angabe 4 Schtt 6 Ltt, zum Wergpflücken übergeben. Wellmitz versichert, an gepflücktem Werg 67 Ltt zurückgeliefert zu haben; wogegen Krempien nur den Empfang von 63 Ltt Werg eingesteht und daneben behauptet, daß das abgegebene Thauwerk überhaupt 75 Ltt Werg habe austragen müssen. In dem über die verweigerte Bezahlung des Arbeitslohns entstandenen Rechtsstreite wurde dem klagenden Zuchthaus-Inspektor Wellmitz der Beweis auferlegt, daß er an den Beklagten 67 Ltt Werg abgeliefert habe. Zur Führung dieses Beweises schlug der Kläger, indem er sich zugleich auf seine Bücher berief, den Zuchtmeister Haccius als Zeugen vor, welcher nämlich als Werkmeister im Zuchthause das Wergpflücken besorgt hatte. Ungeachtet des Widerspruches des Beklagten, wurde der Zeuge salvis exceptionibus zugelassen. Mit Recht. Denn Vortheil hatte der Zuchtmeister von dem Ausgange des Processes auf keinen Fall zu erwarten. Daß er aber Nachtheil zu fürchten gehabt hätte, das würde von der Frage abhängig gewesen seyn, ob wider ihn ein Regreß des klagenden Zuchthaus-Inspektors Statt finden könnte? Allein diese Frage war noch unentschieden. Ein Regreß wider den Zeugen war nur dann denkbar, wenn er dem Kläger, seinem Vorgesetzten, eine verschuldbare unrichtige Angabe in Betreff der abgelieferten Quantität Werg gemacht und dadurch den Proceß veranlaßt hatte. Das eben war wenigstens noch nicht bewiesen. Ob übrigens aus dem Thauwerk mehr als 67 Ltt Werg hätte gepflückt werden können, darüber sollte der Zeuge nicht aus-

---

[5]) 5. X. 2, 19. de probationibus.

sagen. Seine Unfähigkeit war mithin noch nicht einleuchtend, und daher die Abhörung salvis exceptionibus tempore disputationum deducendis, wie die Nov. 90. c. 7. sagt, mit Fug erkannt worden.

41.

Wer sind die executores negotiorum? Wer ist in „Rath und That"? Die es sind, dürfen zum Zeugniß nicht zugelassen werden.

§. 1.

Der Jurist Arcadius sagt: Mandatis cavetur, ut praesides attendant, ne patroni in causa, cui pratrocinium praestiterunt, testimonium dicant. Quod et in executoribus negotiorum observandum est [1]). Wer sind die executores negotiorum, welche zum Zeugniß nicht sollen zugelassen werden? In einigen Stellen des Codex erscheinen sie als eine Art von Gerichtsdienern, deren Amt darin besteht, Insinuationen, Citationen, Exekutionen u. d. gl. zu verrichten [2]). Das können sie in jener Stelle offenbar nicht bedeuten, weil Gerichtsdiener eben durch ihr Amt eine höhere Glaubwürdigkeit erhalten. Zugleich geht aus der Gerichtsdiener amtlichen Stellung die Nothwendigkeit hervor, sie gerade

---

1) Ult. D. 22, 5. de testihus. Angeführt in can. 3. §. Patroni quoque C. 4. qu. 3.

2) 13. §. 9. C. 3, 1. de judiciis, 19. C. 4, 20. de testibus, ult. C. 12, 22. de principibus agent. in reb.

über ihre Geschäfte zum Zeugnisse zuzulassen. Der Glossator Johannes wollte Syndiken, Vormünder und Kuratoren unter jenen executores negotiorum verstanden wissen; Leyser ausserdem Advokaten, Prokuratoren, fiskalische Beamte, Gutsverwalter u. d. gl., indem er unter jener Benennung alle diejenigen begriff, quibus administratio rerum alienarum, quarum secreta non aperiri dominorum interest, publice vel privatim, judicialiter vel extrajudicialiter committitur [3]. Weil aber dergleichen Personen am Besten um die ihnen anvertraueten Geschäfte Bescheid wissen, öfters sogar ausschließlich: so werden sie nach dem Gerichtsgebrauche, wie Leyser sagt, stets zum Zeugniß zugelassen, sogar dazu gezwungen. Doch auch diese Erklärung paßt nicht, weil eines Theils der Ausdruck executores negotiorum nirgends in einem so weiten Umfange genommen wird, und weil andern Theils die Zusammenstellung mit den patronis causarum dergleichen Personen erheischt, welche diesen ungefähr gleichkommen oder doch ähnlich sind. Richtiger offenbar ist die Meinung von Cujaz [4], Heraldus [5] und Grotius [6]. Nach ihnen sind in obiger Pandektenstelle die Executores negotiorum solche Personen, welche ausser dem Advokaten von einer Partei in einer Sache gebraucht sind, Konsulenten, Advocati im Sinne der ältern Klassiker; oder die Vermittler, Zwischenhändler, in Gemäßheit der Nov. 90. c. 8. Justinian verordnete in dieser Novelle, daß der *μεσίτης*, mediator, Vermittler, Unterhändler, nur in dem einzigen Falle zum Zeugniß dürfe zugelassen werden, wenn beide streitenden Theile in die Abhörung einwilligen. Dieses steht recht gut im Einklange mit jener Pandektenstelle. Das kanonische Recht läßt die

---

[3]) Leyser, Med. ad Pand. Sp. 283. obs. 28.

[4]) Opp. posth. T. 4. P. 1. p. 926.

[5]) De rer. judic. auct. 2, 4.

[6]) Flor. spars. p. 179. (Edit. Geb.)

Zwischenhändler auch dann zum Zeugniß zu, wenn wegen Simonie civilrechtlich geklagt wird, sie selbst keinen Nutzen aus der Sache gezogen haben und es auf Ausmittelung der Urheber dieses Verbrechens ankommt [7]). Außer diesen beiden gesetzlichen Ausnahmen, läßt sich keine rechtfertigen, und es ist durchaus willkürlich, wenn Hommel das richterliche Ermessen über die Zulässigkeit und Glaubwürdigkeit der mediatores entscheiden läßt, und namentlich darauf sieht, ob selbige eine Belohnung von der einen Partei, oder von beiden, oder gar nicht zu erwarten haben [8]).

§. 2.

Das Lübsche Recht hat die Verordnung: „Do jemand in einer Sachen in Rathen und Thaten gewesen, oder Part und Theil daran hat, der kan in derselben Sachen nicht zeugen" [9]). Daß dieser Artikel nicht von den Advokaten oder den Prokuratoren oder Bevollmächtigten, welche den Rechtsstreit betreiben, zu verstehen sei, mögte daraus hervorgehen, daß solche Personen in einem eigenen Artikel als unzulässige Zeugen bezeichnet werden [10]). Vielmehr scheint man denjenigen, welcher in „Rathen und Thaten" gewesen, in einem ähnlichen Sinne nehmen zu müssen, wie den executor negotiorum, als einen Beistand oder Rathgeber in Betreibung der Sache, ohne daß er gerichtlich dieselbe geführt oder gerichtlich den Proceß mit geleitet hat. Gewiß verwerflich wäre die Erklärung, welche, die Worte Rath und That trennend, auf denjenigen hinwiese, welcher blos und allein thätig, aber nicht zugleich beiräthig gewesen wäre. Wer Rath ertheilt, ist in einem gewissen Sinne

---

[7]) Cap. 1. in 6to 2, 10. de testibus.

[8]) Hommel, Rhaps. 161.

[9]) 5, 7. Art. 15. Womit übereinstimmt das Rostocker Stadtrecht 5, 7. Art. 10.

[10]) Lüb. Recht 5, 2. Art. 1. Rostocksches Stadtr. 5, 2. Art. 6.

auch thätig; nicht umgekehrt ist derjenige gerade ein Rathgeber, welcher in einer Angelegenheit thätig ist. Es läßt sich nicht einsehen, warum das Statut jemanden deshalb, weil er bei einem Geschäfte Handlungen verrichtet oder sonst thätig gewesen, von einem Zeugnisse in dieser Sache hätte ausschliessen wollen. Am wenigsten ist eine solche Absicht dem Lübschen Rechte beizumessen, da dasselbe in Ermangelung anderer Zeugen sogar Vormünder zuläßt, die denn doch für mehr, als beiräthige Personen, zu achten sind [11]). Rath und That ist nichts anders als ein, in der ältern Deutschen Sprache beliebter Reim, so daß That zur Verstärkung des Wortes Rath hat dienen sollen. Niemand wird nämlich zweifeln, daß hier keineswegs derjenige gemeint sei, welcher, ohne weitere Theilnahme an der Sache, ohne Absicht, in die Sache eigentlich einzugreifen, seine Ansicht von einer Angelegenheit ausgesprochen und so gewisser Maaßen Rath ertheilt hat. Daher scheint die Verbindung Rath und That, das leztere Wort zur Verstärkung des erstern, nicht einmal überflüssig [12]).

§. 3.

Die hier gegebene Erklärung nahm das Spruchkollegium in zwei Rostockschen Rechtsfällen an; im Jahre 1819 in Sachen des Zuchthaus-Inspektors Wellmitz wider den Schiffer Krempien. Jener hatte, wie im vorigen Falle Nr. 40 erzählt, den Zuchtmeister Haccius als Zeugen über die Ablieferung von 67 Lth Werg vorgeschlagen. Der Gegner wandte ein, dem Zeugen Haccius habe als Zuchtmeister obgelegen, das zum Wergpflücken bestimmte Thauwerk in Empfang zu nehmen, über das Pflücken die Aufsicht zu führen, das gepflückte Werg zu wägen, selbiges dem

---

11) 5, 7. Art. 20. Eben so das Rostocksche Stadtrecht 5, 7. Art. 12.

12) Vgl. über Reim und Tautologie in der Deutschen Rechtssprache Grimm, Deut. Rechtsalterthümer S. 13 ffg.

Eigener abzuliefern und dem Zuchthaus-Inspektor den Betrag des Gewichtes anzugeben. Allein dieses Geschäft konnte den vorgeschlagenen Zeugen in das Verhältniß eines executor negotii oder eines solchen, der in Rathen und Thaten gewesen, nicht versetzen.

Hingegen in Sachen des Handlungshauses d'Orville und von den Velden zu Frankfurt, wider Erichson zu Rostock, wurde im J. 1823 ein solches Verhältniß für begründet erachtet. Von dem Frankfurter Hause mit Kommissionsgeschäften beauftragt, hatte der Kommerzienrath Erichson unter andern im Jahre 1810 eine Schiffsladung in Empfang genommen, welche Schiffer Kniepers gelöscht hatte und welche aus Kolonialwaaren bestanden haben soll. Die Einfuhr der Kolonialwaaren war bekanntlich in Folge der Kontinentalsperre damals verboten. Schiffer Kniepers war wegen Havarie in Streitigkeiten mit Erichson gerathen, und, unzufrieden mit der deshalb aufgemachten Dispache, hatte er späterhin gedrohet, die wahre Beschaffenheit jener Schiffsladung den Franzosen zu verrathen, wenn ihm nicht auser dem, was ihm nach der Dispache gebührte, eine nahmhafte Summe gezahlt würde. Um denselben zu beschwichtigen, war ihm eine erhebliche Geldsumme von Erichson gegeben, als dieser bereits aufgehört hatte, Kommissionär des Frankfurter Hauses zu seyn. Als jedoch die Erstattung dieser Geldsumme von den Kommittenten begehrt wurde, kam es zur Sprache, daß Erichson auch für seine Person eine verbotene Ladung empfangen und Schiffer Kniepers deshalb mit Verrath gedroht habe, so daß es aus diesem Grunde und aus andern Umständen zweifelhaft erschien, ob Erichson zu seinem eigenen Besten, oder zum Besten seiner frühern Kommittenten, den Schiffer Kniepers abgefunden hätte. Darauf wurde dem Kommerzienrathe Erichson der Beweis auferlegt, daß Kniepers zur Beseitigung seiner Havarie-Ansprüche von ihm, Erichson, als Empfänger jener Ladung vom J. 1810, die Summe von 1408 Rthlr. unter der Androhung gefordert, das wahre Ver-

hältniß der Ladung den Franzosen bekannt zu machen, und daß Erichson in Folge dieser Drohung jene Summe bezahlt habe. Zur Führung dieses Beweises bediente sich der Producent unter andern des Advokaten Ledder, welcher auch, jedoch mit Vorbehalt der Einreden gegen seine Zulässigkeit, als Zeuge abgehört wurde. Derselbe hatte indessen, nach Anleitung der Beweisartikel, ausgesagt: Er habe die Drohungen des Schiffers Kniepers dem Doktor Stever, als Anwalde des Producenten Erichson, hinterbracht und denselben mehrere Male, sowohl mündlich als schriftlich, aufgefordert, den Producenten zu einer Abfindung zu bewegen; Dr. Stever habe den Zeugen gebeten, die Sache etwas hinzuhalten u. s. w. Diese Umständen waren hinreichend, um den Advokaten Ledder für einen Unterhändler, executor negotii, oder für jemand, der in Rathen und Thaten gewesen, zu halten und daher als unzulässigen Zeugen anzusehen.

42.

Ueber die Beweiskraft von Urkunden, welche in einem fremden Welttheile ausgestellt worden, und von Zeitungsblättern, welche daselbst erschienen sind.

Hr. Ludewig von V. aus Hessen hatte sich seit längerer Zeit in Neuyork niedergelassen, im Waldeckschen jedoch einen General-Mandatar bestellt, welcher insbesondere die Einkünfte eines, unter gerichtlicher Aufsicht verwalteten Familienfideikommisses, zu erheben gehabt hatte. Die Vettern des Ab-

wesenden baten bei der Regierung in Arolsen um ein Verbot der fernern Auszahlung dieser Einkünfte, weil der Abwesende am 20. Febr. 1825 in Neuyork gestorben sei. Dieser Tod wurde aber von dem General-Mandatar in seiner Vernehmlassung geläugnet. Indessen hatten die Kläger noch vor dem Schluß des ersten Verfahrens das Ableben durch einen Todtenschein nicht blos, sondern auch durch eine Todesanzeige in einer Neuyorker Zeitung, zu beweisen gesucht. Der Todtenschein war, dem Inhalte zufolge, am 16. April 1825 von dem Prediger Geissenhainer in Neuyork ausgestellt, und die beigebrachte Abschrift war von einer Hessischen Behörde beglaubigt. Allein die Urschrift selbst konnte, bei dem Widerspruche von Seiten des Beklagten, kein vollgültiges Beweismittel abgeben. Bei der großen Entfernung von Amerika und dem Mangel eines häufigen Verkehrs zwischen Neuyork und dem Orte, wo der Proceß geführt und entschieden wurde, ist allerdings eine größere Vorsicht in Beilegung der Glaubwürdigkeit solcher Urkunden, die von Neuyork datiren, eben so nothwendig, wie es richtig ist, daß man hier nur wenige Mittel in Händen hat, um die Echtheit solcher Urkunden zu beurtheilen. Ob wirklich der als Pfarrer unterschriebene Geissenhainer das Predigeramt bekleide, ob die Handschrift wirklich von ihm herrühre, ob das Siegel echt sei, das Alles war dem erkennenden Kollegium ungewiß [1]). Da nun der Anwald den Tod des Beklagten in Abrede stellte: so mußten die Kläger bessern Beweis beibringen, etwa durch Veranlassung eines Subsidialschreibens oder eines diplomatischen Einschreitens. Auf einem von beiden Wegen würde die Echtheit des Todtenscheins am sichersten auszumitteln gewesen seyn, wenn nur bei den Amerikanischen Be-

---

[1]) Gensler, Archiv f. d. civil. Praxis I. S. 62. erfordert ebenfalls den Beweis der Echtheit, wenn eine Urkunde mit einem ausländischen, dem Richter unbekannten Siegel, versehen ist.

hörden die Hülfsschreiben Deutscher Gerichte leicht Eingang fänden, oder wenn die Regierung des Landes, in welchem der Proceß anhängig war, Geschäftsträger oder Konsuln in den vereinigten Staaten unterhielte. Doch blieb auch die Hülfe der Agenten eines befreundeten Staates übrig. Wenn man z. B. sich die Verwendung des Hamburgischen Konsulats verschaffte: so könnte dasselbe an Ort und Stelle leicht die öffentliche Beglaubigung des Todtenscheins erwirken, die Beglaubigung selbst wieder mit seinem Atteste versehen und seine Hand und Siegel durch den Hamburgischen Magistrat nöthigenfalls in Gewißheit setzen lassen.

Eben so wenig konnte ein Neuyorker Zeitungsblatt den Tod beweisen. Freilich enthielt der Commercial-Advertiser die Anzeige des am 20. Febr. 1825 erfolgten Todes des Hrn Fried. Ludw. von B., mit einer Einladung zu dem auf den 22. Febr. angesetzten Leichenbegängnisse, und es war unwahrscheinlich, daß ein solches Blatt (von der bekannten außerordentlichen Größe der Times) behuf einer falschen Todesanzeige hätte gedruckt werden können, und eben so unwahrscheinlich war es, daß, wie von Seiten des Anwaldes des Beklagten angegeben wurde, der Todesartikel eine Unwahrheit enthielte, die vielleicht in einem der folgenden Stücke durch eine Berichtigung aufgeklärt worden. Doch blieb dieses eines Theils möglich, andern Theils haben die Zeitungen eine rechtliche Vermutung der Wahrheit dessen, was sie an Thatsachen enthalten, keineswegs für sich.

43.

Ueber die Feierlichkeiten bei Ableistung eines Eides.

---

§. 1.

Die Gewissenlosigkeit der Proceßführer wird auf eine eben so betrübende als unwiderlegliche Weise durch die Erfahrung dargethan, daß in den meisten Fällen, wo die Entscheidung von einem nothwendigen Eide abhängt, jede Partei um den Vorzug streitet, zum Schwure zugelassen zu werden. Ist jede Partei das Gegentheil dessen, was dem Gegner zu schwören obliegen würde, zu betheuren bereit, erbietet sich also die eine der beiden Parteien zum Meineide: so muß es um die Vorstellungen von der Heiligkeit des Schwures und den Folgen des falschen Eides schlecht stehen. Möglichst die eidliche Betheurung einzuschränken, liegt weniger in des Richters Macht, als in der des Gesetzgebers; die Erkenntniß der heiligen Natur des Eides zu befördern, und den Einfluß eines leichtsinnigen oder falschen Schwures auf den Frieden der Seele tief einzuprägen, ist eine Pflicht der Religionslehrer; aber eine würdige Feierlichkeit bei der Schwörung aufrecht zu erhalten und alle die kleinlichen Ausflüchte zu benehmen, welche aus dem geringsten Verstoße wider vermeintliche Förmlichkeiten der Wahn ableitet, um das Gewissen zu beschwichtigen, das steht größtentheils bei dem Richter.

§. 2.

Bei der Schwörung werde ein würdiges Benehmen beobachtet. Wir meinen nicht, daß es eines Gepränges bedürfe, aber wir wünschen doch immer Anstand und Würde etwa in der Gestalt, worin andre religiöse Feierlichkeiten von denen begangen werden, welche von religiösem Sinne belebt sind.

In Holsteinischen Gerichten stehen die Mitglieder des Gerichtes nicht auf, wenn der Eid geschworen wird. Das mag Herkommen seyn; allein Beifall verdient es nicht. Wo ich anderwärts einer Eidesleistung beigewohnt habe, erhuben sich alle Anwesenden im Augenblicke des Schwörens. Wohl können wir sitzend eben so wohl als stehend unsern Geist zu Gott erheben und ihn anbeten; aber wenn wir in der Kirche beim Vorlesen des göttlichen Wortes oder beim Empfange des Seegens unsere Ehrfurcht äußerlich dadurch bezeigen, daß wir aufstehen: sollten wir uns nicht ebenfalls in dem Augenblicke aufrichten, wo die Anrufung des göttlichen Namens und Wortes über die Seligkeit eines Menschen entscheidet? In der Warnung vor dem Meineide, wie heilig wird da der Eid geschildert! Und gleichwohl dürfte es erlaubt seyn, durch das Sitzenbleiben eine Art von Gleichgültigkeit zu erkennen zu geben? [1])

Ein Feierkleid ziemt dem Richter, wenn er sein Amt verwaltet. Ich habe einen alten Herrn gekannt, welcher im Schlafrocke, die Nachtmütze auf dem Kopfe, und mit der brennenden Pfeife Gericht hielt; doch wenn ein Eid geschworen wurde, zog er seinen Sonntagsrock an. Junge Herren, welche um keinen Preis anders als im modernen Frack eine Gesellschaft besuchen würden, finden es nicht un-

---

1) Die königl. Verordnung für Schleswig und Holstein vom 11. Dec. 1758, wegen Einschränkung des überflüssigen Gebrauchs der Eide, befiehlt §. 3. ausdrücklich: „Wann demnächst die Eidesleistung geschehen muß, so soll der Richter, wie derselbe bei einem etwas lebhaften Gefühl von der Ehre Gottes und dem Heil seines Nächsten es ohnedem nicht unterlassen, sondern für ein wesentliches Stück seiner Amtspflichten halten wird, bei der Abnehmung des Eides sowohl selbst eine der Wichtigkeit und Würde dieser Handlung gemäße Ehrfurcht äußern, als auch die Anwesenden zu einem gleichmäßigen Bezeigen anhalten.“

anständig, im Oberrock und gespornt und die Reitgerte neben sich, den Richterstuhl einzunehmen.

Alles Störende, zumal das Lächerliche, werde vermieden. Neun Taxatoren sollten beeidigt werden, alle nach derselben Eidesformel. Allen wurden sie zugleich vorgelesen, und dann jeder einzelne Achtsmann der Reihe nach aufgefordert, die Worte nachzusprechen: „Was mir jetzo vorgelesen ist und ich wohl verstanden habe, dem verspreche ich getreulich nachzukommen. So wahr mir Gott helfe und sein heiliges Wort!“ Alle blieben anwesend, und jeder Einzelne sprach in einer schnellen Folge die Worte nach. Das Komische in der Abwechselung des Tones von so vielen Personen, welche dieselbe Formel nacheinander rasch wiederholten, verzog die Mienen der Anwesenden zum Lachen, und als auf den tiefsten Baß unvermutet der hellste Diskant anstimmte, war das Gelächter kaum zu unterdrücken, so ernst und würdig sich auch der Richter benehmen mogte. Besser wäre es gewesen, wenn man die Achtsleute nach Vorlesung der Formel hätte abtreten und jeden für sich wieder hereinrufen und schwören lassen.

Durchaus zu misbilligen ist es, wenn mehrere Zeugen im Chore schwören. Spricht nicht einer nach dem andern die Eidesformel nach: so können Richter und Parteien schwerlich hören, ob jeder die Worte genau wiederhole. Selbst wenn ein Einzelner schwört, ist das Verbessern der Worte nicht selten nöthig.

Es giebt Richter, welche sich so wenig vorbereiten, daß sie die Eidesformel vorzusagen anfangen, ohne das vielleicht von einem Andern undeutlich geschriebene Koncept früher gelesen zu haben. Nichts macht einen üblern Eindruck, als wenn der Eidesabnehmer selbst anstoßt.

§. 3.

Die Betheurung bei Gott ist freilich das einzig Wesentliche des Eides und gemeinrechtlich erfolgt sie, wenn

Christen schwören, durch den Ausruf: „So wahr mir Gott helfe und sein heiliges Wort! (oder Evangelium).“ Aber gleichwie ein alter Gerichtsgebrauch das Aufheben der drei Finger bei Männern weltlichen Standes, und das Auflegen der Hand auf die linke Brust bei Geistlichen und bei Frauenzimmern erfordert [2]), so hat auch der Aberglaube gar Manches als nothwendig beim Schwure erschaffen. Und dieser Aberglaube ist so verschieden in seinen Forderungen, wie es Volkssitten zu seyn pflegen. Ueber diesen Aberglauben, so lange er nicht durch einen läuternden Unterricht vernichtet ist, darf sich kein Richter hinwegsetzen; denn sonst würde der Schwörer gar leicht falsch schwören, oder, nach seiner Ansicht, auf eine sein Gewissen nicht verbindende Weise die Unwahrheit aussagen oder versichern. Um mit Erfolg dem Aberglauben entgegen zu arbeiten, wäre es wünschenswerth, recht viele Beispiele desselben zu sammeln. Gleichfalls wäre es zu wünschen, daß man in Ansehung derjenigen Förmlichkeiten, welche der Gerichtsgebrauch gemeinhin erfordert, über das Hergebrachte sich ausspräche, und allenfalls gewisse Formen festsetzte. Eine Abweichung aus Unkunde mag öfters Statt finden [3]).

Daß es die rechte Hand sei, dessen Mittel- und Zeigefinger nebst dem Daumen der Schwörer aufrichtet, während die beiden andern Finger eingebogen werden, ist so allgemein bekannt, daß die Versicherung, ein gewisser Richter habe die linke Hand erheben lassen, kaum glaublich scheint. Freilich, wem die rechte Hand oder einer der drei Finger mangelt, oder wer den rechten Arm wegen Steifheit oder Lähmung

---

[2]) Vgl. die folg. Abhandl. über die Warnung vor dem Meineide.

[3]) Ueber den Judeneid finden sich einige gute Bemerkungen von A. A. Wolf in Weiß Archiv der Kirchenrechtswissenschaft I. 6. Doch wäre es zweckwidrig, von den in Teutschland gebräuchlichen Formen abzugehen, so lange der gewöhnliche Jude sich keine geläuterten Begriffe vom Eide angeeignet hat.

empor zu richten nicht vermag, der darf mit der linken Hand schwören, und, mangelt auch diese, sogar ohne Hand. Wegen eines solchen Mangels ist z. B. ein Zeuge nicht unfähig, wie gleichwohl ein Mecklenburgischer Patrimonialrichter im J. 1829 dafür hielt.

Die drei Finger dem Antlitze zuzukehren und selbige nicht über den Kopf zu erheben, wird wohl allenthalben für schicklich gehalten. Wer die halbgeöffnete Hand von sich abwendet, oder wer die Finger über das Haupt erhebt, der schwört, dem Aberglauben zufolge, von sich ab und in die Luft, verbindet sich also durch den Eid gar nicht. Ein schwörendes Frauenzimmer legt die rechte Hand auf die linke Brust. In einem Lüneburgischen Gerichte wurde erfordert, die Hand unter das Busentuch zu schieben, um selbige auf die bloße Brust zu legen. Findet dieser Gebrauch noch irgendwo Statt? Er erscheint nicht empfehlungswürdig, weil er der Schaamhaftigkeit zu nahe tritt. In Grimm's Deutschen Rechtsalterthümern kommt nur ein einziges Statut vor, welches das Schwören auf die bloße Brust erfordert [4]).

Vielerlei Aberglaube knüpft sich an das Halten der linken Hand. Diese soll geöffnet seyn, der Arm soll schlank herunterhängen und keine Berührung mit dem übrigen Körper Statt finden. Berührt der Schwörer mit seiner linken Hand einen Knopf oder eine Naht, oder kehrt er dieselbe nach hinten: so ist gar keine Gefahr bei Ableistung eines falschen Eides; denn alsdann schwört man, statt in die Seele, in den Knopf, in die Naht, von sich ab. Solchen thörichten Vorstellungen würde man vielleicht dadurch am besten begegnen, wenn man die linke Hand auf die heilige Schrift legen ließe.

Oeffnung eines Fensters soll nöthig seyn, damit der Teufel Zugang zu der Seele des Meineidigen finde. Hom-

---

[4]) Augsburger Stat. 287. in Walch's Beitr. z. d. Deut. Rechte 4, 288.

mel verwirft diesen, wie mir scheint, an sich sehr unschuldigen Gebrauch, weil er ihn als eine Art von Territionsmittel ansieht [5]); allein bevor man denselben verwirft, sollte der Aberglaube ausgerottet seyn [6]). Umgekehrt werden in einigen Gerichten die Fenster geschlossen, wahrscheinlich um im Augenblicke der Beeidigung eine Störung von aussen mehr zu vermeiden.

---

5) Rhaps. obs. 644.

6) Hommel, Rhaps. obs. 465. führt aus Berger's Elect. disput. forens. zur Erklärung, wie dieser Aberglauben entstanden, folgenden Fall an: Iuvenem a virgine in jus vocatum, ut ipsum in matrimonium duceret, et jurare jussum, in Consistorio purgatorium solemne non renuisse. Ergo die dicto aperiuntur, ut in sacro judicio fieri solet, fenestrae, accenduntur luminaria; quod cum animadvertit, qui forte in vicinia furnos caminosque purgabat, nigra facie et veste, tyro furnarius occurrit et alte per fenestram, quae hic agerentur, curiosus introspicit. Jam in genua provolutus, qui pejerare constituerat, ubi hunc videt, tetro aspectu deterritus, diabolum suspicatur appropinquantem ad excipiendam animam. Statim igitur surgit et rem fatetur. Haec deinde in miraculum plebs superstitiosa convertit. Wenn aber dieser angebliche Zufall den Aberglauben veranlaßt hat: was hat denn früherhin das Oeffnen der Fenster bedeutet? Dieses Oeffnen schildert Berger als etwas Uebliches (aperiuntur, ut solet, fenestrae).

44.

Ueber die Warnung vor dem Meineide.

§. 1.

Damit der Schwörer nicht leichtsinnig und gewissenlos den Eid ablege, ist eine doppelte Art von Warnung nöthig.

Einer Seits müssen alle in der Sache liegenden Umstände hervorgehoben werden, um den zu beschwörenden Satz in seiner wahren Beschaffenheit und Bedeutung dem Eidesleister anschaulich zu machen und ihm alle Bedenklichkeiten zu Gemüte zu führen, welche man wider die gewissenhafte Ausschwörung des in Frage befangenen Eides aufzustellen im Stande ist. Diese Art von Gewissensrührung kann nach keinem Formulare geschehen; jeder Richter muß, je nach den Umständen, dieselbe mit Fleiß aus den Akten und mit Besonnenheit aus der Persönlichkeit der Parteien schöpfen. Hierauf beruht in vielen Fällen freilich das Meiste; allein zu diesem Zweck einen Geistlichen zu Hülfe zu nehmen und demselben wohl gar die Akten mitzutheilen, das heißt die Gränze zwischen dem Weltlichen und dem Geistlichen verrücken [1]).

Anderer Seits soll der Schwörer über die religiöse Natur eines Eides und über die Folgen eines Meineides belehrt werden. Das darf der Gegner des Schwörers stets begehren [2]). Zu diesem Ende giebt es Formulare, und man thut im Ganzen besser, sich an diese zu halten, als dem Richter es zu überlassen, nach seiner Einsicht und Fähigkeit

---

[1]) Die k. Dän. Verord. v. 11. Dec. 1758. §. 3., wegen Einschränkung des Gebrauchs überfl. Eide in Schleswig u. Holstein, überträgt nur dem Richter diese Art von Warnung.

[2]) Hagemann, pr. Erörterungen 2, 15.

vor dem Meineide zu warnen. Denn diese Art von Warnung erheischt gemeinhin keine persönlichen Rücksichten, auch ist es nicht jedem Richter gegeben, einen belehrenden Vortrag über die Natur einer bürgerlich, moralisch, und religiös, so wichtigen Handlung, als der Eidschwur ist, zweckmäßig zu halten. Geistliche können nach Umständen zugezogen werden, um den Eid nach religiösen Grundsätzen zu erklären und dem Eidwilligen das Gewissen zu rühren; aber selbst Prediger befinden sich in dieser Hinsicht nicht selten in Verlegenheit, oder verfehlen doch öfters die rechte Weise [3]).

§. 2.

Ein sehr zweckmäßiges Formular der Warnung vor dem Meineide enthält die Zellesche Oberappellationsgerichts-Ordnung (vom J. 1713). Dasselbe ist zwar nur bei dem Zeugeneide vorgeschrieben; allein es wird ebenfalls bei andern Eidesleistungen in den Hannöverschen Gerichten angewandt und ist in verbesserter Gestalt zunächst aus obergerichtlichen Proceßordnungen hervorgegangen [4]). Hier folgt diese

Hannöversche Warnung vor dem Meineide.

„Schwören oder einen Eid thun, ist nichts anders, denn Gott anrufen, daß er der Wahrheit beistehe, und den strafe, der Unrecht berichtet. Wer nun einen falschen Eid schwöret, der bleibt nicht in der Wahrheit, sondern lästert den allerhöchsten Gott, misbraucht dessen allerheiligsten Namen, beraubt sich aller Gnaden und ladet auf sich alle die Strafen und Flüche, die Gott den Verfluchten in seinem untrügbaren Worte auferlegt hat, ja vermaledeiet sich selbsten, daß ihm Gott in allen seinen Sachen und Nöthen nimmer zu Hülfe

---

[3]) Ueber den Exceß der Geistlichen in der Verwarnung: Hommel, Rhaps. obs. 644.

[4]) Vgl. G. H. Oesterley, Handb. des Processes für das Königr. Hannover II. §. 231.

noch zu Statten kommen, sondern daß er mit Leib und Seele ewig vermaledeiet seyn und nimmermehr Theil haben soll an der Versprechung, die Gott den Christen gethan hat.

Welcher Mensch nun wissentlich einen falschen unwahrhaften Eid schwöret, der schwört in aller Maaße, als ob er spräche: So wahr, als ich heute falsch schwöre, also bitte ich Gott den Vater, Gott den Sohn, Gott den heiligen Geist, die heilige Dreifaltigkeit, daß ich ausgeschloßen und ausgesetzt werde aus der Gemeinschaft Gottes und seiner Heiligen, sei ein Fluch meines Leibes, meines Lebens und meiner Seele.

Zum Andern, wo ich falsch schwöre, so soll Gott der Vater, Gott der Sohn, Gott der heilige Geist, und die grundlose Barmherzigkeit unsers lieben Herrn und Seligmachers Jesu Christi, mir nicht zu Trost und Hülfe kommen an meinem lezten Ende, und in der Stunde, wenn Leib und Seele von einander soll und muß sich scheiden.

Zum Dritten, wo ich falsch schwöre, so bitte ich Gott den Vater, Gott den Sohn und Gott den heiligen Geist, daß seine unerschöpfliche Barmherzigkeit, die Angst und Noth Jesu Christi, dessen bittere Leiden und Schmerzen, sein strenger harter Tod und unschuldige Marter, mir armen Sünder entzogen und an mir verloren werde.

Zum Vierten, wo ich falsch schwöre, so soll meine Seele und Leib mit einander verdammt werden am jüngsten Gerichte, da ich meineidiger Mensch vor dem Gerichte stehen soll und muß, will auch abgeschieden seyn von aller Gemeinschaft Gottes und aller Auserwählten, will auch beraubt seyn des begierlichen Anschauens des Angesichts Gottes, unseres lieben Herrn Jesu Christi."

Aus Erfahrung darf ich behaupten, daß diese Warnung einen tiefern Eindruck hervorbringt, als jede andre mir bekannt gewordene. So hat es nicht blos mir geschienen, so habe ich nicht blos selbst empfunden; meine Wahrnehmung und meine Empfindung stimmt auch mit demjenigen über-

ein, was Hannöversche und Holsteinsche Beamte mir gesagt haben. In Holstein nämlich ist eine ähnliche Form gebräuchlich. Jene Warnung ist bündig und verständlich; christlich orthodox; anwendbar auf alle Bekenner des christlichen Glaubens; ergreifend; und so wohllautend, so rhythmisch, daß sie keine besondre Kunst des Lesens erfordert, um gut vorgetragen zu werden. Durch ihr Alter überdies ehrwürdig, enthält diese Formel nichts, was dem Gebildeten unserer Tage anstößig seyn könnte, vorausgesetzt daß er sich in seinem Innern zu dem christlichen Glauben bekennt. Angenommen aber, der Verwarnte überzeugte sich nicht von den Wahrheiten der christlichen Religion: so wird ihn vielleicht die Hinweisung auf dieselbe erschüttern; und wäre auch dieses nicht: so mögte es überhaupt schwer fallen, eine Warnung zu erfinden, die jemand, der weder ein gläubiger Christ, noch ein offenbarer Bekenner einer andern Religion ist, auf eine eindringliche Art zu rühren vermögte.

Daher kann ich die Meinung nicht unterschreiben, welche ein sonst verdienstlicher Bearbeiter des Hannöverschen Processes über jene Form der Warnung gefällt hat, sie sei höchstens nur bei ungebildeten Zeugen noch als brauchbar anzusehen [5]). Allenfalls mögte es rathsam seyn, noch einige Worte über die Unerlaubtheit der Mentalreservation, so wie über den Aberglauben in Betreff der äussern Gebräuche, einfliessen zu lassen.

§. 3.

In Holstein bediente man sich ehedem einer sehr ähnlichen Formel. Auch wird dieselbe noch jezt gebraucht, wenn gleich nicht ausschließlich, seitdem die neue Schleswig-Holsteinische Kirchen-Agende eingeführt ist, worin sich gleichfalls eine Verwarnung vorfindet. Wer das alte Formular entworfen hat, liegt im Dunkeln. Falck hält es für möglich,

---

[5]) Oesterley, a. a. O.

daß ein solches von Luther oder Bugenhagen abgefaßt und dann ziemlich allgemein unter den Protestanten angenommen worden sei [6]). So viel ist gewiß, daß dieses Formular sehr alt, in Dänemark als Anhang des Gesetzbuchs Christian's V gültig, in Holstein zwar nicht gesetzlich vorgeschrieben, aber wahrscheinlich durch die Lübecker Gerichtsordnung, worin es ebenfalls steht, eingeführt ist [7]). Wörtlich lautet die

Lübsche „Warnung an alle, so unrechten Eyd schweren, und was das Auffheben der Finger bedeutet."

„(Zum Ersten werden drey Finger aufgehoben: der erste bedeutet Gott den Vater, der andere Gott den Sohn, und der dritte Gott den Heiligen Geist. Die letzten zweien Finger werden unter sich geneiget in die Hand; Der erste bedeutet die kostbahre Scele, als welche in dem Leibe verborgen ist; Der fünfte und kleine Finger bedeutet den Leib, als welcher gegen die Seele gering und klein zu schätzen; Die gantze Hand bedeutet einen Gott, einen Schöpfer der alle Creaturen erschaffen hat.)

Welcher Mensch nun so verwegen ist, und fälschlich, oder einen falschen unwarhafftigen Eyd schweret, der schweret in aller Masse, als wenn er spreche: So wahr, als ich heute falsch schwere, so bitte ich Gott den Vater, Sohn, und Heiligen Geist, die Heilige Dreyfaltigkeit, daß ich aus der Gemeinschaft Gottes und seiner Heiligen ausgeschlossen und aus-

---

[6]) Cranien zum Deutschen Rechte 1, 2. S. 106.

[7]) Schwarz, Nachrichten von Kiel S. 27. giebt dieses alte Formular Plattdeutsch; Fuchs, de solemnibus appellationis (Kiel 1705) p. 63 Hochdeutsch. Dieser sagt: Lubet hic subjicere antiquum et vulgatum avisationis de perjurio vitando formulare, cujus beneficio multos ad jurandum alias faciles saepius a jurejurando deterrui.

gesetzet werde und ein Fluch meines Leibes, Lebens und meiner Seelen sey.

Zum Andern, wo ich falsch schwere, so soll Gott der Vater, Sohn und Heiliger Geist, und die grundlose Barmherzigkeit unsers lieben Herrn und Seeligmachers Jesu Christi, an meinem letzten Ende und in der Stunde, wenn mein Leib und Seel von einander scheiden müssen, mir nicht zu Trost und Hülffe kommen.

Zum Dritten, wo ich falsch schwere, so bitte ich Gott den Vater, Sohn, und Heiligen Geist, den kostbahren Heiligen Leichnam unsers Herrn Jesu Christi, daß seine grundlose Barmherzigkeit, seine Angst, Noth, bitter Leyden und Schmerzen, sein strenger harter Tod am Creutze, seine unschuldige Pein und Marter, mir armen Sünder gantz entzogen und an mir verlohren werden.

Zum Vierdten, wo ich falsch schwere, so soll meine Seele, (die da mit dem vierdten Finger, und mein Leib, welcher mit dem fünfften Finger bedeutet,) am jüngsten Gericht, da ich Meineydiger Mensch vor dem gestrengen gerechten Gerichte Gottes und seines Sohnes Jesu Christi, stehen sol und muß, mit einander verdammet werden, wil auch von aller Gemeinschaft Gottes, seines heilsamen Wortes, und aller Auserwehlten, wie auch des begehrenden Anschauens des Angesichtes unsers lieben Herrn Jesu Christi, gäntzlich beraubet und davon abgeschieden seyn.

Hiermit sey ein jeder frommer Christ vor falschen und unwahrhafftigem Eyde gewarnet, damit er nicht zuletzt des Teuffels und seiner Gesellschafft werde, deme er sich durch falschen Eyd ergiebet, und Gott, seinem einigen Schöpffer und Seeligmacher die köstliche Seele entzeugt, dafür uns Gott der Allmächtige in allen Gnaden behüte, um Jesu Christi Willen, Amen." [8]).

Die eingeklammerten Worte, die Bedeutung der Finger

---

[8]) Der Stadt Lübeck revidirte Gerichts-Ordnungen, Kap. VII.

enthaltend, werden heutiges Tages schicklicher weggelassen, wenn die Warnung geschieht. Eine solche Erklärung findet sich auch in andern Proceßordnungen [9]); jedoch ist sie mit der ursprünglichen Veranlassung, die Finger zu erheben, schwerlich zu vereinigen. Warum der Geistliche, wie das Frauenzimmer, die Hand auf's Herz oder die linke Brust legt, wird gar nicht erklärt. Ueber die Symbole bei der Eidesleistung sind Hommel [10]) und Falck [11]) zu vergleichen. Der Schluß: Hiermit sei ꝛc. [12]) bedürfte jedenfalls einer kleinen Verbesserung, um sprachrichtig zu lauten. Im Ganzen ist nicht zu verkennen, daß die Formel der Zelleschen Oberappellationsgerichts-Ordnung, welche im Grundtone zwar mit der Lübschen Formel übereinstimmt, doch viel wohllautender klingt und daß dieselbe auch deshalb einen Vorzug behauptet, weil sie, statt sich mit dem Symbol der Finger zu beschäftigen, eine ergreifende Erklärung des Eides giebt.

§. 4.

Ohne dem Urtheil oder dem Gefühle der Leser vorzugreifen, also ohne alle Bemerkung von meiner Seite, stehe hier zur Vergleichung die zunächst zum Gebrauche der Prediger vorgeschriebene, aber hier und da auch von Richtern gebrauchte,

Meineidsverwarnung aus der Schleswig-Holsteinischen Kirchen-Agende [13]).

„Heiliger kann Ihnen (Ihm, Ihr, Euch) nichts seyn, als die Absicht, zu welcher Sie hier erschienen sind. Sie

---

[9]) Z. B. Hannöv. Hofgerichts-Ordnung v. J. 1639. Anh. Nr. 5.
[10]) Rhapsodia observ. 620.
[11]) Eranien 1, 2. S. 90 ff.
[12]) Fast wörtlich gleichlautend in der Hannöv. Hofg. Ordg., Anhg. Nr. 5. und der Kalenbergschen Kanzlei Ordg., Anhg. Nr. 1.
[13]) Gedr. Schleswig bei Röhß 1797, eingeführt durch das Patent vom 26. Januar 1798.

stehen vor einem Gerichte, welches sich durch seine Pflicht, Ordnung und Sicherheit zu erhalten, gedrungen fühlt, Sie zu einem feierlichen Eidschwur hiemit öffentlich aufzufodern! Indem Sie diesen Eid ablegen, berufen Sie sich auf Gott, den Allwissenden und Allgegenwärtigen, daß Ihre Aussage nach der innigsten Ueberzeugung Ihres Herzens Wahrheit sey. (oder: verpflichten Sie sich vor Gott, der Ihre geheimsten Gesinnungen kennt, dasjenige unverbrüchlich zu halten, was Sie angeloben.) Von tiefer Ehrfurcht vor dem Allerheiligsten müsse bei dieser feierlichen Handlung Ihre Seele durchdrungen seyn; ein ernstes Gefühl seiner Allgegenwart und Allwissenheit müsse Sie erfüllen; das Andenken an seine Wahrhaftigkeit und an seinen unüberwindlichen Abscheu vor aller Unredlichkeit und Falschheit müsse Ihnen lebhaft vor Augen stehn! Was Sie jezt beschwören, das bekräftigen Sie nicht blos vor Menschen, sondern auch vor Gott, Ihrem Schöpfer und Ihrem Richter! (Was Sie jezt eidlich angeloben, das geloben Sie bei Gott, dessen Auge Sie überall begleitet, und der denjenigen nicht ungestraft läßt, welcher ihm lügt.) Gott, Ihren allerhöchsten Herrn und Wohlthäter, durch dessen Gnade Sie hier stehen, durch dessen Güte Sie sind und leben, und von dem Sie allein allen Segen und alles Heil, wonach Sie sich sehnen, von nun an bis in Ewigkeit zu erwarten haben, Gott fordern Sie zum Richter über sich auf!

Wir Menschen sehen nicht in Ihr Herz. Es ist möglich, daß die Aussage, die Sie hier eidlich bestätigen wollen, gegründet und der Wahrheit gemäß ist, (oder: daß Sie die Verpflichtung, wozu Sie sich hier eidlich verbinden wollen, redlich und treu zu halten entschlossen sind.) Finden Sie sich hievon in Ihrem Gewissen überzeugt: so betheuren Sie nun die Zuverlässigkeit Ihrer Aussage vor Gott (oder: so bestätigen Sie nun die Heiligkeit Ihrer Verpflichtung vor Gott) mit der Bereitwilligkeit, welche Sie der Gesellschaft und Ihrer Obrigkeit schuldig sind, aber auch mit der

Ruhe und mit der Heiterkeit, welche ein gutes Gewissen gewährt.

Es ist aber auch möglich, daß Sie die Wahrheit durch Ausflüchte entstellen und verhehlen, oder vielleicht gar, um falschen Freunden gefällig zu werden, oder um Ihren Eigennutz zu befördern, oder um der Schande und Strafe vor Menschen zu entgehen, mit dem unheiligen Vorsatz hieher gekommen sind, durch eine falsche Betheurung sich an Gott und Religion, an Wahrheit und Tugend zu versündigen. Wie gefährlich würde dann der Irrthum seyn, aus dem Sie in kurzer Zeit erwachen müßten! Nach einer vorübergehenden Freude über das Gelingen einer unredlichen Absicht, würden Vorwürfe des beleidigten Gewissens Ihr Herz erfüllen; bittre Reue würde Sie überall verfolgen; Gram und Selbstverachtung würde die Ruhe Ihres Lebens zerstören, würde Ihnen jeden Segen Ihrer Arbeit rauben, (würde Ihnen die Freuden des Gatten und Vaters — der Gattin und der Mutter durch unaussprechliche Leiden verbittern) würde Sie Ihr ganzes Leben hindurch begleiten, und in der lezten Stunde des Todes Ihre Seele noch durch die Marter der Gewissensangst und der Verzweiflung quälen. Ja selbst vor Menschen kann Unredlichkeit und Falschheit nicht immer verborgen bleiben. Nicht selten ist eine Handlung gerade da ihrer Entdeckung am nächsten, wenn man sie am künstlichsten verdeckt und verstellt zu haben glaubt. Und welches Elend muß dann auch in der bürgerlichen Gesellschaft den Falschen und Meineidigen treffen, wenn seine Unredlichkeit den Augen der forschenden Gerechtigkeit aufgedeckt wird! Gebrandmarkt vor seinem eignen Gewissen, von allen guten und edlen Menschen tief verachtet, zu jedem öffentlichen Amte unfähig, und aller öffentlichen Sicherheit beraubt, bleibt er der tiefsten Schmach ausgestellt, die, wenigstens vor Menschen, durch keine, noch so bittre Reue, mehr abgebüßt werden kann. Ach des Unglücklichen, der sich so sehr vergessen kann, daß er durch verrätherische Betheurungen das Heil

seiner Seele und das äussere Glück seines Lebens so frevent-lich auf's Spiel setzt! Prüfen Sie sich also wohl — noch ist es Zeit, sich zu bedenken — ob Sie den von Ihnen gefo-derten Eid mit gutem Gewissen abzulegen im Stande sind.

(Nach einer kleinen Pause:)

Wollen Sie noch schwören?

(Auf die bejahende Antwort:)

So heben Sie Ihre Finger empor zu Gott, Ihrem Vergelter, wenn Sie ihn in Aufrichtigkeit verehren, aber auch Ihrem Richter, wenn Sie unlauter vor ihm erfunden werden! Sprechen Sie mir nun folgenden Eid deutlich nach."

Hier der Eid selbst.

45.

Wenn der Schwörer in der Ableistung des Eides von dem gegnerischen Anwalde unterbrochen wird: ist dann der Eid für geleistet zu halten?

Vor einem Holsteinschen Gerichte sollte der Beklagte einen zurückgeschobenen Eid darüber leisten, daß er die dem Kläger verkauften Schinken gut und unverdorben an den Schiffer zum Transport abgeliefert habe. Im Schwörungstermine von einem Geistlichen vor dem Meineide verwarnt, blieb Be-klagter bei seiner Erklärung, den Eid schwören zu wollen. Nun wurde zwischen dem Anwalde des abwesenden Klägers und dem Beklagten ein Vergleich versucht, jedoch ohne Er-folg. Nachdem darauf der Beklagte, mit aufgehobenen Fin-gern, aus der Eidesformel folgende Worte:

„Ich Johann M..... schwöre zu Gott und auf das heilige Evangelium einen körperlichen Eid, daß ich die" —

nachgesprochen hatte, fiel ihm der klägerische Anwald in's Wort, um ihn wiederholt wegen eines noch zu treffenden Vergleichs zu befragen. Der Beklagte aber ließ sich darauf nicht weiter ein. Obgleich er indeß erklärte, bei der Eidesleistung beharren zu wollen: so wurde doch von Gerichtswegen der Eid, als vom Gegentheil in der Ableistung einseitig unterbrochen, für geleistet erklärt.

Diese Entscheidung mögte sich nicht vertheidigen lassen. Ein angefangener Schwur ist noch kein abgeleisteter Eid. Daß die Unterbrechung den Nachtheil mit sich führe, daß der Eid für ausgeschworen erachtet werde, ordnet weder ein Gesetz, noch folgt es aus der Natur der Eidesleistung. Allenfalls hätte dem Anwalde, wenn ihn sein Eifer, die Sache durch Vergleich beizulegen, zu weit geführt, ein Verweis können ertheilt werden. Und gesetzt, es wäre, wie doch nicht, die Unterbrechung des Schwörens mit jenem Nachtheil gesetzlich bedroht, mithin in einem hohen Grade für unerlaubt erklärt: so würde doch die Handlung des Anwaldes für die Partei nicht nachtheilig werden können, da die Vollmacht der Proceßführung auf unerlaubte Handlungen weder gerichtet ist, noch gerichtet seyn darf.

Indessen bei der Heimlichkeit der Urtheilsgründe, welche in den Holsteinschen Gerichten Statt findet, muß man sich nothwendig auf's Rathen legen, um eine auffallende Entscheidung begreiflich zu machen. Ob man die Gründe trifft, worauf das Gericht sich gestützt, das bleibt freilich zweifelhaft. Sollte vielleicht die königl. Verordnung vom 11. Dec. 1758 (extendirt unterm 26. Jul. 1796), wegen Einschränkung des überflüssigen Gebrauchs der Eide in Schleswig und Holstein, den obigen Bescheid rechtfertigen? Diese Verordnung setzt auf den ausgeschwornen falschen Eid, nach Unterschied der Personen, lebenswierige Karren- Zuchthaus-

oder Gefängniß-Strafe, mit Beraubung aller Hoffnung einer Begnadigung, und bestimmt dann ferner §. 17:

„Mit gleicher Strafe ist auch derjenige zu belegen, dem ein von ihm acceptirter Eid erst in dem Augenblicke, da die Finger schon aufgehoben, oder itzo aufzuheben sind, erlassen und für geleistet angenommen wird, wenn es sich nachhero veroffenbaret, daß er im Begrif gewesen sey, einen falschen Eid zu thun, und durch diesen, so viel an ihm, erfüllcten bösen Vorsatz die Gegenparthey vervortheilet und um das streitige Gut gebracht habe."

Hieraus ergiebt sich weiter nichts, als daß der ausgeschworne Meineid und der schon in der Ausführung begriffene, von dem Schwörer nicht freiwillig aufgegebene Vorsatz, falsch zu schwören, mit einer und derselben weltlichen Strafe bedrohet ist. Aber aus dieser Gleichstellung der weltlichen Strafe folgt noch nicht, daß die Verordnung dem Vorsatze zu schwören, und dem geleisteten Eide selbst, gleiche Wirkungen in anderer Beziehung beigemessen habe. Unmöglich hätte der Gesetzgeber dafür halten können, der Vorsatz eines Meineides beschwere das Gewissen in gleicher Stärke, als der abgeleistete falsche Eid. Mit einer solchen Ansicht würde alle Ausschwörung überflüssig werden. Die weltliche Strafe wird in den allerseltensten Fällen den Meineidigen treffen, weil die Ueberführung mit ausserordentlichen Schwierigkeiten verknüpft ist. Eben deshalb kann man, wenn jemanden ein Eid auferlegt wird, gemeinhin nur die Rührung seines Gewissens, und, falls er falsch schwören sollte, die Belastung desselben und die Einflößung einer Furcht vor göttlicher Strafe zum Zwecke haben.

46.

Von der Bürgschaft; insonderheit von dem Unterschiede unter den Römischen kumulativen Interceſſionsarten in Absicht auf Form und Inhalt.

§. 1.

Im Römischen Rechte giebt es drei Verträge, wornach wir die Bürgschaft beurtheilen, wenn die rechtlichen Verhältnisse eines Bürgen in Frage stehen, die fidejussio, das mandatum, nämlich das s. g. qualificatum, und das constitutum debiti alieni. Diese Verträge sind aber in der Form und eben deshalb zum Theil in ihren Wirkungen verschieden, und so entsteht die Frage, nach welchem von diesen drei Rechtsgeschäften soll in einem gegebenen Falle eine heutige Bürgschaft beurtheilt werden? Um den Werth dieser Frage in's Licht zu stellen, ist es nothwendig, zuvörderst das Wesen jener Verträge einzeln zu untersuchen und dieselben unter einander zu vergleichen; ein Geschäft, welches um so unerläßlicher scheint, je häufiger die Lehre von der Bürgschaft zu der Bemerkung Gelegenheit giebt, daß die Grundzüge dieser praktisch so bedeutungsvollen Lehre entweder falsch gezeichnet oder doch irrig aufgefaßt werden. Soll ich es bei aller Achtung vor dem Urtheile Dritter und bei aller Abneigung von der Polemik offenherzig gestehen: so ist mir beim Studium der Theorie so wenig, als in der Erfahrung des Geschäftslebens, fast irgend ein anderer Theil unserer Wissenschaft vorgekommen, worin ich mehr irrige Ansichten, unpassende Beziehungen, schiefe Urtheile, angetroffen hätte, als in der Materie von der Bürgschaft.

Indem wir das rechtliche Verhältniß jener Römischen drei Arten einer Bürgschaft in den hervorstechendsten und

einflußreichsten Punkten zu untersuchen beginnen, wird es kaum nöthig seyn, die Bemerkung voranzuschicken, daß die Deutsche Bürgschaft und die Römische Fidejussion sich als Arten der s. g. intercessio cumulativa verhalten, als ein Eintreten in eine fremde Verbindlichkeit, oder als ein Haften für dieselbe, ohne den Hauptschuldner zu befreien, mithin als ein Eintreten ohne privative Novation, zur bloßen Vermehrung der Sicherheit des Gläubigers. Das Mandat hingegen ist bekanntlich nicht auf den Fall einer kumulativen Intercession beschränkt; diese wird durch jenes nur möglich. Eben so verhält es sich mit dem Constitutum. Nur die intercessio cumulativa wird uns hier beschäftigen; hingegen die intercessio privativa, mittelst welcher der bisherige Schuldner aus dem rechtlichen Verbande heraustritt und der Intercedent in dessen Stelle einrückt, wie es im Falle einer Expromission möglich wird, ist kein Gegenstand unserer Untersuchung.

I. Von der Fidejussion.

§. 2.

Um dem Gläubiger eine größere Sicherheit zu gewähren, gab es eine dreifache Art von Verbal-Intercedenten, welche der Gläubiger sich durch seine Stipulation verbinden konnte: sponsores, fidepromissores, fidejussores [1]).

---

1) Auf die praedes, vindices, vades, des ältern Römischen Rechts, wird in dieser, ein praktisches Ziel verfolgenden Untersuchung, um so weniger Rücksicht genommen, als dieselben nur Intercedenten in besondern Fällen waren, die Form aber, unter welcher sie sich verpflichteten, in der That zu wenig bekannt ist, um daraus etwas Ersprießliches für die allgemeine Theorie der Intercessionen ableiten zu können. Wenn hier aber die adpromissores übergangen werden: so geschieht es deshalb, weil sie, nach den spärlichen Quellen zu urtheilen, in keinem eigenen Rechtsverhältnisse sich befanden. Etymologisch und nach der Analogie von der Adstipulation wären sie mit dem Promit-

Nur die fidejussio erscheint in der Justinianischen Kompilation als die einzig praktische. Die fidepromissio ist nämlich blos in den Institutionen unter den Formeln der Stipulation aufgeführt, sonst aber allenthalben ausgemerzt [2]). Und wenn gleich hin und wieder Spuren von der intercessorischen sponsio im Justinianischen Rechtsbuche bemerklich werden [3]): so giebt es doch keine praktische Verschiedenheit weiter unter jenen ursprünglich verschiedenen Arten, vielmehr hat sich die ganze Verbal-Intercession in den Begriff der fidejussio aufgelöst. Daß die Sponsion aber nicht, wie die Fidepromission und Fidejussion, lediglich als eine Art von Intercession vorkam, daß sie vielmehr eben so wohl wegen einer eigenen Verbindlichkeit des Sponsors erfolgte, und daß sie in dieser leztern Beziehung überall und sehr häufig in den verschiedenen Theilen des Justinianischen Werkes vorgetragen wird, muß jedem bekannt seyn, wenn er auch nur flüchtig und selten einen Blick in unser Corpus juris gethan hat.

Nach Gajus [4]) war das rechtliche Verhältniß eines Sponsors und Fidepromissors fast dasselbe, und hauptsächlich darin nur eine wesentliche Verschiedenheit, daß die Sponsion einzig und allein von einem Römischen Bürger erfolgen konnte, da sie juris civilis war. Alle übrigen Ar-

---

tenten als rei promittendi zu betrachten, wenn sie nicht in einigen Stellen als fidepromissores oder fidejussores erschienen. So viel ist ausgemacht, daß im Justinianischen Rechtsbuche keine besondere Lehre von der Adpromission sich vorfindet, und daß ihrer nur gedacht wird im fr. 64. §. 4. D. 24, 3. sol. matr. 5. §. 2. D. 45, 1. de V. O. 43. D. 46, 3. de solut. Vgl. Festus, s. v. Adpromissor. Cicero, p. Rosc. Amer. 9.

2) §. 1. J. 3, 16. de V. O. Vgl. Salmasius, de modo usur. c. 16. Schulting, Jurispr. antejustin. p. 238.

3) Z. B. 75. §. 6. D. 45, 1. de V. O. — 55. D. 46, 1. de fidej. et mand.

4) Inst. Comment. 3, 92—96. 115—127.

ten der Verbal-Obligation, wie wir jezt aus Gajus mit Zuverlässigkeit wissen, waren, obwohl stricti juris, doch juris gentium, mithin auch die Fidepromission und Fidejussion. Dagegen unterschied sich von dem intercedirenden Sponsor und dem Fidepromissor in erheblichen Punkten der Fidejussor. Nämlich

1) der Fidejussor kann wegen jeder Art von Verbindlichkeit, selbst wegen einer natürlichen, eintreten; der Sponsor und Fidepromissor lediglich wegen einer Verbal-Obligation.

2) Der Erbe des Fidejussors haftet ebenfalls; keineswegs der des Sponsors und Fidepromissors [5]).

3) Der Sponsor und Fidepromissor haftet, nach der, freilich nur in Italien gültigen, Lex Furia de sponsu, blos zwei Jahre lang; der Fidejussor beständig.

4) Unter mehreren Sponsoren oder Fidepromissoren war, ebenfalls nach der Lex Furia, die Verbindlichkeit getheilt; mehrere Fidejussoren haften solidarisch, obwohl der Belangte, falls die Uebrigen zahlfähig sind, seit Hadrian das auxilium divisionis vorschützen darf.

5) Wer sich durch Sponsoren oder Fidepromissoren Sicherheit bestellen ließ, mußte in Gemäßheit einer, dem Namen nach unbekannten Lex, die Erklärung voranschicken, welche Sponsoren oder Fidepromissoren er sich wegen derselben Verbindlichkeit werde geben lassen. In Ermangelung einer solchen Erklärung wurden die angenommenen Sponsoren und Fidepromissoren befreiet; nicht aber die Fidejussoren, obwohl jene Erklärung auch bei den Fidejussoren üblich war.

---

5) Nisi si de *peregrino* fidepromissore quaeramus, *et alio jure civitas ejus utatur.* Dies blieb die einzige mögliche Ausnahme bei der Fidepromission, Gajus 3, 120; eine Ausnahme, die bei der Sponsion undenkbar war, indem diese als ein Römisches Civilgeschäft blos unter Römern vor sich gehen konnte.

6) Um das Gezahlte von dem Hauptschuldner wieder zu erlangen, hatte der Sponsor eine viel wirksamere Klage, als die mandati actio des Fidepromissors und Fidejussors, nämlich die actio depensi.

Diese Verschiedenheiten kurz angedeutet zu haben, ist für unsern Zweck hinreichend. Wir fügen hinzu, daß nach der Lex Cornelia niemand für denselben Schuldner, zum Besten desselben Gläubigers, in demselben Jahre, wegen mehr als zwanzig tausend Sestertien, einige Fälle ausgenommen, eintreten durfte. Hieraus entstand, wie Gajus es nennt, ein gemeinschaftliches Beneficium für die Sponsoren, Fidepromissoren und Fidejussoren. In der Reihe jener Gesetze, wodurch für die Schuldner gesorgt wurde, ist die L. Cornelia keine unmerkwürdige. Insbesondere zeugt sie von der Abneigung, die die Römische Gesetzgebung, und mit ihr die Rechtsgelehrten, den Intercessionen bewiesen, statt daß man heutiges Tages fast gar zu geneigt ist, unter dem Gesichtspunkte, den Kredit zu befördern, zunächst eine Begünstigung der Gläubiger geltend zu machen.

Betrachten wir nun näher Form und Inhalt der Fidejussion.

§. 3.

Der Vertrag, welcher wesentlich auf mündlicher Form beruht, auf Frage und Antwort, heißt auf Seiten dessen, welcher Gläubiger werden soll, bekanntlich stipulatio [6]).

---

[6]) Mündliche Frage und Antwort bleibt allein das Wesentliche einer Stipulation. Die Ableitung dieses Wortes, um auf symbolische Handlungen zurückzuschließen, ist gleichgültig, da in unsern Rechtsquellen nicht die mindeste Spur von einer Nothwendigkeit irgend eines Symbols bei der Stipulation sich entdecken läßt. Ja, eben dieses Stillschweigen unserer Rechtsquellen, da sie doch bei anderen Rechtsgeschäften, z. B. der Mancipation, von dem Gebrauche der Symbole reden, läßt vermuten, daß bei der Stipulation gar keine bildliche Handlung üblich oder gar erforderlich gewesen ist. Die Verstärkung der Meinung,

Wer sich verbindlich macht, nämlich durch eine, der Frage des Stipulators entsprechende Antwort, stipulirt nicht, sondern verspricht irgend etwas. Dieses Versprechen wird nach dem Ausdrucke bezeichnet, womit die Antwort in Gemäßheit der Frage ertheilt wurde, und so giebt es auf Seiten des Schuldners bald eine sponsio, bald eine promissio (dieses Wort auch wohl im allgemeineren Sinne), bald eine fidepromissio, oder eine Fidejussio. Diese Fidejussion ist nichts als eine neben einer Hauptverbindlichkeit bestehende Intercession [7]), während mittelst einer Sponsion auch eine selbständige eigene Schuld konnte begründet werden. Und nirgends erscheint die Fidejussion anders als eine Verbal-Obligation wegen einer fremden Verbindlichkeit [8]). Schon

---

daß stipulatio von stipula herkomme, scheint weit hergeholt, wenn man sich beruft auf Stirling in den Asiatic researches T. XV. (1825). Stirling berichtet von den Bergbewohnern in Orissa in Indien, daß zwischen den beiden Parteien vor Abschliessung eines Vertrages ein Strohhalm gebrochen werde. Die Sitten dieser Bergbewohner schildert er freilich als die einfachsten und ältesten, und als verschieden von denen der übrigen Indier; aber welcher Zusammenhang mit Rom?

[7]) Daß niemand wegen seiner eigenen Verbindlichkeit eine Fidejussion eingehen könne, erhellt zum Ueberfluß aus fr. 21. §. 2. D. 46, 1. de fidejussoribus et mand. wo Africanus sagt: non intelligi posse, ut quis pro se fidejubendo obligetur.

[8]) Eine Ausnahme von der Nothwendigkeit, daß der Fidejussor spricht, glaubt man im fr. 4. §. 3. D. 27, 7. de fidej. et nominat. anzutreffen. Doch scheint in diesem Falle der Intercedent als Mandator betrachtet zu seyn. Es heißt da: Fidejussores a tutoribus nominati, si praesentes fuerunt et non contradixerunt, et nomina sua referri in acta publica passi sunt: aequum est, perinde teneri, atque si jure legitimo stipulatio interposita fuisset. Daß in diesem Falle wirklich eine Stipulation eingetreten sei, wird nicht behauptet; es wird aber eine Stipulation fingirt, weil der Tutor nur durch Fidejussoren Sicherheit bestellen konnte, mithin ohne eine solche Fiktion dem Rechte nicht genügt wäre. Eine solche Fiktion war in-

die Worte deuten dieses Verhältniß an: *Id fide tua esse jubes? Fidejubeo.* [9]). Oder vollständiger: *Si reus quadraginta (quae ei credidi) non solverit, fide tua esse jubes?* [10]) Desgleichen: *Quantam pecuniam credidero, fide tua esse jubes?* [11]) Zugleich ergiebt sich aus diesen Worten, daß der Fidejussor sich so ausdrückte, als wenn er dem Gläubiger einen Auftrag oder Befehl ertheilte, das mit dem Hauptschuldner abzuschließende Geschäft auf seinem, des Fidejussors, Kredite beruhen zu lassen. Mandare und jubere, mandatum und jussus, unterscheiden sich nicht sonderlich. Der jussus patris vermöge der väterlichen Gewalt ist gewiß kein strengerer Befehl, als das mandatum principis vermöge der höchsten Staatsgewalt [12]). Mandare und jubere kommen in dem wesentlichsten Punkte überein, nämlich darin, daß beide die Ausrichtung durch einen Dritten andeuten. Hier ist es nicht der Fidejussor, welcher der als Schuldner gedachten Person z. B. Geld leihet; aber er läßt diese Anleihe durch einen Andern vermitteln, und indem er die Anleihe geben läßt, macht er sich seinem Vermittler oder Bevollmächtigten verbindlich.

Weil nun der Auftrag, den Rechten nach, auch auf ein früher vollbrachtes Geschäft zurückwirken kann, wenn dasselbe nämlich durch Ratihabition anerkannt wird [13]): so bleibt es auch unter der Annahme, die Fidejussion habe sich wie ein,

---

dessen nicht unbillig, da es an dem Willen, sich zu verbinden, an einem intercessorischen Mandate, nicht mangelte.

9) Gajus 3, 92. 115.

10) 16. §. 6. D. 46, 1. de fidej. et mandator.

11) 47. §. 1. ib.

12) Jussio, mandatum, voluntas patris, stehen auf einer Linie, z. B. in der c. ult. C. 4, 28. ad Senatuscons. Maced.

13) 12. §. 4. D. 46, 3. de solutionibus: rati . . . habitio mandato comparatur. 60. D. de R. J.: si quis ratum habuerit, quod gestum est: obstringitur mandati actione. Vgl. z. B. 16. §. 1. D. 20, 1. de pignoribus. ult. pr. C. 4, 28. ad SCtum Maced.

Auftrag oder Geheiß des Fidejussors an den Gläubiger verhalten, recht gut erklärlich, warum die Römischen Rechtsgelehrten ebenmäßig wegen einer bereits bestehenden Hauptverbindlichkeit die Fidejussion für zulässig erachteten. Daß man indessen hierüber ein Bedenken hatte, ergiebt eine Stelle Ulpian's: Stipulatus sum a reo, nec accepi fidejussorem, postea volo adjicere fidejussorem; si adjecero: fidejussor obligatur [14]). Nicht füglich hätte Ulpian die Sache so vorstellen können, wenn man nicht voraussetzt, es wäre aus der Natur des Auftrags, welcher in der Fidejussion liegt, ein Zweifel entstanden, in Betracht nämlich daß ein Auftrag gemeinhin nur künftige Angelegenheiten betreffen und lediglich durch Ratihabition auf bereits vollführte bezogen werden kann.

Bei dieser Gelegenheit mag gleichfalls darauf die Aufmerksamkeit geleitet werden, daß der Fidejussor seinen persönlichen Kredit verbürgte, seine fides gleichsam verpfändete. Es würde eine einseitige Vorstellung seyn, wenn man meinte, der Gläubiger sähe auf nichts weiter, als auf die Zahlfähigkeit. Auch die Redlichkeit in Erfüllung der Verbindlichkeit, prompte Zahlung, kommt bei der Annahme eines Fidejussors in Betracht. Oefters wird der Intercedent nicht eben deshalb begehrt, weil der Schuldner keine Zahlmittel darbietet, sondern weil man es mit einem schlechten Schuldner allein nicht zu thun haben mag [15]). Gegen eine Chikane, oder auch nur gegen eine Saumseligkeit des Schuldners, ist die dingliche Sicherheit ungenügend. Die Persönlichkeit gewährt nicht selten eine befriedigendere Sicherstellung, als Haab und Gut des Verpflichteten. Darum wäre es irrig, anzunehmen, daß die Nothwendigkeit einer Fidejussion

---

14) 6. pr. D. de fidej. et mandatoribus.

15) Vgl. z. B. 112. §. 1. D. 45, 1. de V. O. . . . . nisi quod plerumque idonei *non tam patrimonio, quam fide quoque* aestimarentur.

unter allen Umständen durch Verpfändung zulänglicher Güter hinfällig würde.

Daß übrigens die Fidejussion ein Geschäft war, welches zwischen dem Gläubiger und dem Fidejussor vor sich ging, und daß beide persönlich sich gegen über stehen mußten, wenn die Stipulation des Einen und die Fidejussion des Andern erfolgte, bedarf keiner Erörterung. [16]) Die Gegenwart des Hauptschuldners war bei der Fidejussion nicht erforderlich, obwohl in den meisten Fällen von dem Hauptschuldner der Fidejussor mogte gestellt werden, zufolge einer Uebereinkunft zwischen diesen beiden Personen. So lange derjenige, welcher dem Hauptschuldner die Uebernahme der Fidejussion versprochen hat, nicht die Fidejussion mittelst einer Stipulation des Gläubigers vollzieht, ist eine obligatio ex fidejussione zum Vortheil des Hauptgläubigers undenkbar. Nur zum Besten des Schuldners bleibt, nach Maaßgabe des abgeschlossenen Vertrages, eine Verbindlichkeit aus dem unerfüllten Versprechen der Fidejussion möglich. Umgekehrt kann die durch die Fidejussion als Hauptschuldner bezeichnete Person weder gegen den Stipulator, noch gegen den Fidejussor, ein Recht aus der Fidejussion ableiten, weil diese ein Geschäft zwischen dem Gläubiger und dem Fidejussor ist. Vermag jene Person weiter kein verbindliches Verhältniß geltend zu machen: so ist es undenkbar, daß sie gegen den Sti-

---

16) Ein Widerspruch liegt nicht im fr. 70. §. 3. D. 46, 1. de fidejussoribus: Adeo a servo potest fidejussor accipi, ut ipse quoque dominus in id, quod sibi debetur, fidejussorem ab eo recte accipiat; *quem fidejussorem ab eo ipso servo interrogari nihil impedit.* Der Herr durfte sich, wenn er von seinem Sklaven etwas zu fordern hatte, einen Bürgen stellen lassen, weil die Bürgschaft auch wegen einer naturalis obligatio Statt findet. Die Stipulation wegen der Bürgschaft durfte dann der Sklave selbst vornehmen, weil er den Herrn von Rechtswegen vertritt, nicht, weil er als Schuldner die interrogatio fidejussoris vorzunehmen befugt ist.

pulanten des Fidejussors auf Auszahlung z. B. des Anlehns, weshalb die Fidejussion Statt gefunden, klagen könnte, oder gegen den Fidejussor auf Erfüllung seiner zum Besten des Gläubigers bereits vollzogenen Fidejussion.

Endlich giebt es keinen Zweifel an der Richtigkeit des Satzes, daß der Fidejussor für seine Person und mittelbar mit seinen Gütern dem Stipulator verbunden wird, wenn jener auch blos in Folge eines Auftrages des Schuldners die Fidejussion übernommen hat. Nicht, wie nach der heutigen Ansicht der Prokurator in der Regel es darf, kann der Fidejussor seine Eigenschaft als Mandatar des Schuldners geltend machen, wenn er dem Anspruche des Gläubigers gegen über steht. Wer antwortet: *fide jubeo*, handelt in eigenem Namen, wenn er sich gleich durch Bitte oder Auftrag des Schuldners zu der Fidejussion hat bestimmen lassen [17]).

§. 4.

Aus der Fidejussion entsteht mithin blos zwischen dem Gläubiger als Stipulanten und dem Fidejussor ein verbindendes Verhältniß. Aber wie aus allen Stipulationen, so

---

17) Daß das Geschäft in den rechtlichen Folgen einer Fidejussion eine Beschränkung erlitt, wenn dasselbe durch andere Worte, als durch das *fide jubeo*, eingegangen wurde, beweist, ganz abgesehen von dem oben erörterten Unterschiede zwischen fidejussio und sponsio uud fidepromissio, auch das fr. 97. §. 1. D. 45, 1. de V. O., wo Celsus an die Stipulation: *Titii nomine te soluturum?* gelindere Wirkungen knüpft, als an die Stipulation: *Fide tua esse jubes?* Der Promittent haftete dann erst im Nothfalle, erst wenn der Hauptschuldner nicht zahlfähig war. Offenbar ist dies einer von den Fällen, die, weder eine fidejussio, noch sponsio, noch fidepromissio enthaltend, von Gajus 3, 116. bezeichnet, aber unentschieden gelassen sind, wenn er sagt: Videbimus de his autem, quo nomine possint proprie appellari, qui ita interrogantur: IDEM DABIS? IDEM PROMITTIS? IDEM FACIES?

gewinnt auch aus dieser Stipulation einzig und allein der Stipulator eine Klage. Eine actio contraria des Promittenten, hier des Fidejussors, giebt es gar nicht. Die dem Stipulator zustehende actio ex stipulatu (oder condictio certi ex stipulatu, wenn die Fidejussion ein certum enthält [18]), ist überdies stricti juris, schließt mithin alle auf der Billigkeit beruhenden Exceptionen aus. Nur eine doli exceptio kann dem Fidejussor zu Statten kommen. Hiervon scheint die dem Stipulator auferlegte Verbindlichkeit, dem Fidejussor die Klagen gegen den Hauptschuldner und die übrigen Fidejussoren zu cediren, eine Ausnahme zu machen. Dieser Cession wird ein Verkauf zum Grunde gelegt, indem man die Sache so ansieht, als wenn der Stipulator, mittelst der Zahlung der Schuld durch den angesprochenen Fidejussor, den Preis seiner Forderung erhalten habe. Wäre aber das strenge Recht zur Richtschnur genommen: so hätte die Vergeltung der Zahlung lediglich in der Befreiung des Fidejussors können gesucht werden. Indem der Stipulator obendrein seine Klagen wider die andern Fidejussoren und den Hauptschuldner cedirt, thut er ein Uebriges. Doch die Billigkeit erheischt dieses, da der Stipulator durch die Cession nichts verliert, dem Fidejussor hingegen in manchen Fällen dadurch geholfen wird [19]). In-

---

[18]) Das fr. 75. §. 6. D. 45, 1. de V. O. läßt den Fidejussor für ein certum haften, wenn die Hauptschuld in einem certum besteht, sollte die Interrogation auch nicht wörtlich das certum wiederholt, sondern blos die allgemeine Fassung gehabt haben: *Id fide tua esse jubes?* Dagegen war in einem solchen Falle ein intercessorischer Sponsor blos wegen eines incertum verhaftet; eine Eigenheit, wie es deren mehrere bei der intercessorischen Sponsion giebt. Heutiges Tages können sich die Vortheile einer condictio certi, im Gegensatz der bloßen actio ex stipulatu, für den Gläubiger ebenfalls bemerklich machen, nämlich durch den Mandats- oder den Exekutiv-Proceß, der, seiner Natur nach, ebenfalls ein certum erheischt.

[19]) Vgl. 17. 36. 39. D. de fidej. et mand.

sofern läßt sich hier ein *beneficium* cedendarum actionum hören, wie Zimmern schon bemerkt hat [20]).

Umgekehrt darf der Fidejussor auch zu seinem Besten die Natur einer stricti juris actio geltend machen. Die Fidejussion als eine Art der Intercession begründet eine accessorische Verbindlichkeit, die, ihrem Wesen nach, zwar strenger in Betreff der Haft, aber in Ansehung des Gegenstandes weder größer noch sonst anders seyn kann, als die Hauptverbindlichkeit. Hat nun der Fidejussor eine, dem Gegenstande nach, größere oder andere Verbindlichkeit übernommen: so haftet er ganz und gar nicht [21]). Diese Ansicht läßt sich, so weit die Summe in Frage steht, nicht anders rechtfertigen, als unter dem Gesichtspunkte, daß die Klage wider den Fidejussor stricti juris ist. Wäre sie bonae fidei gewesen: so hätte nichts billiger seyn können, als die Klage wenigstens bis zum Belaufe der Hauptverbindlichkeit bestehen zu lassen.

Allein, obschon die Verbindlichkeit des Fidejussors accessorisch ist: so haftete derselbe doch nicht erst im Nothfalle, d. h. wenn der Hauptschuldner war ausgeklagt worden [22]). Vielmehr unterschied er sich in diesem Punkte gar

---

20) Zimmern und Neustetel, Röm. rechtl. Unters. 1, 10.

21) 8. §. 7—11. D. 46, 1. (Ulpian) de fidejuss. Illud commune est in universis, qui pro aliis obligantur, quod si fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit eos omnino non obligari, etc. Die richtige Erklärung dieser Stelle, worin das *omnino non* nicht auf den Sinn von *in solidum non* sich zurückführen läßt, hat Averanius, Interpr. jur. 2, 3.

22) Eine Ausnahme zum Nachtheile des Fiskus, daß dieser nämlich den Fidejussor erst nach dem Hauptschuldner hätte verklagen können, vermag ich nicht anzutreffen im fr. 47. pr. D. 49, 14. de jure fisci; eben so wenig in der, von Schweppe in s. Rechtsgeschichte §. 320. hierfür angeführten c. 4. C. 4, 15. quando fiscus debit. sui debit. Auch enthält das §. 3. citirte fr. 97. §. 1. D. 45, 1. de V. O. keine Ausnahme, da es keine fidejussio betrifft.

nicht von einem Selbstschuldner, oder von einem Expromissor einer fremden Schuld. Ja, bis Justinian war es Rechtens, daß der Fidejussor befreiet wurde, wenn ohne seinen Auftrag der Gläubiger den Schuldner belangt hatte. Erst Justinian hob diesen Rechtssatz auf, indem er verordnete, daß nur durch Befriedigung, und nicht schon durch Litiskontestation des Schuldners, die Befreiung des Fidejussors eintreten sollte [23]).

Waren jedoch mehrere Fidejussoren gestellt und es wurde blos der Eine oder Andre belangt: so sollte, nach einer epistola Hadriani, dem Beklagten das auxilium divisionis zu Statten kommen. Dadurch wurden die Fidejussoren in ein ähnliches Verhältniß gesetzt, wie es schon früher zum Besten der Sponsoren und Fidepromissoren bestand.

Allererst Justinian hat durch die, mittelst der Nov. 4. geschehene Einführung des beneficii ordinis s. excussionis, die Verbindlichkeit des Fidejussors in eine subsidiäre verwandelt, und wenn gleich er bei dieser Gelegenheit sagt, er rufe nur ein altes, jedoch nicht im Gebrauch gewesenes Gesetz, in's Leben zurück: so haben wir doch von einem solchen Gesetze weder in der Justinianischen Kompilation, noch sonst wo, irgend eine Spur entdeckt. Durch diese Umgestaltung in eine subsidiäre Haft des Fidejussors haben einige in dem Justinianischen Rechtsbuche befindliche Aussprüche, die mit der principalen Haft des Fidejussors zusammenhingen, eine Aenderung nothwendig erlitten, obwohl die Nov. 4. darüber keine ausdrückliche Erklärung enthält.

Namentlich durfte der Gläubiger, wenn ihm Bürge und Pfand zugleich von dem Schuldner gegeben war, den Bürgen verklagen, ohne zuvor an das Pfand sich gehalten zu haben, und der Bürge konnte weiter nichts als Cession des Pfandrechtes begehren [24]). Nach Einführung der Vor-

---

[23]) 22. §. 2. fr. 45. D. mandati. 28. C. 8, 41, de fidej. et mand.

[24]) 51. §. 3. D. 46, 1. de fidej. 2. C. 8, 41. de fidej.

ausklage des Hauptschuldners scheint dieser Rechtssatz seine Anwendbarkeit verloren zu haben, und dagegen die Befugniß des Fidejussors, auf das vom Hauptschuldner gegebene Pfand zuvörderst zu verweisen, gegründet zu seyn.

Desgleichen wurde der Fidejussor nicht befreit, wenn der Gläubiger den Schuldner zu verklagen unterlassen hatte, obgleich von dem Fidejussor Schritte gethan waren, den Gläubiger zu einer solchen Klage anzuspornen. Dieser Rechtssatz ist leicht erklärlich, wenn man bedenkt, daß der Fidejussor dem Gläubiger nicht subsidiarisch, sondern eben so nahe, als der Hauptschuldner, verhaftet war. Einzig und allein mogte es zweifelhaft scheinen, ob nicht in der Vernachlässigung des Angriffs wider den Hauptschuldner ein Dolus zu suchen wäre. Doch sprach Scaevola für diesen Fall die doli exceptio dem Fidejussor ab [25]), und gewiß mit zureichendem Grunde, weil dem Fidejussor nicht die Befugniß zustand, zuvörderst an den Schuldner zu verweisen, oder weil der Gläubiger wider Willen keinen Auftrag zur Ausklagung zu übernehmen brauchte. Nach Verleihung des beneficii excussionis aber muß, wie bereits der Glossator Bartolus meinte, Scaevola's Ausspruch seine Anwendbarkeit verlieren.

Uebrigens war es längst vor Justinian erlaubt, die Fidejussion nur auf den Fall zu beschaffen, wenn der Stipulator den Hauptschuldner vergebens würde ausgeklagt haben, oder für das, was sich von dem Hauptschuldner nicht würde retten lassen (die s. g. fidejussio indemnitatis). Alsdann freilich mußte der Stipulator zuvörderst den Hauptschuldner ausklagen [26]); die Fidejussion verhielt sich so, als wäre sie unter der Bedingung geschehen, wenn zuvörderst der Hauptschuldner vergebens würde belangt seyn; weshalb denn durch die Zahlung des Schuldners der Bürge nicht sowohl be-

---

25) 62. D. de fidejuss. et mandat.

26) 16. §. ult. fr. 41. pr. D. de fidej. et mand. 19. C. 8, 41. de fidej. et mand. 2. C. 5, 57. de fidej. tut.

freiet, als vielmehr die Bedingung der Bürgschaft hinfällig wurde [27]). Gleichfalls war die Verabredung einer Vorausklage in der Folge noch gestattet, auch wenn der Fidejussor von Anfang an ohne Ausbedingung derselben sich verpflichtet hatte [28]).

II. Von dem qualificirten oder intercessorischen Mandat.

§. 5.

Eine andre Form nimmt die Intercession an, welche mittelst eines Mandats erfolgt. Wer nämlich intercediren will, kann den Auftrag ertheilen, Kredit zu geben. Der Beauftragte wird dann Gläubiger dessen, dem der Kredit zugedacht ist, nämlich durch das mit Diesem eingegangene Geschäft; er hat zugleich den Mandator zum Gewährsmann des mit dem Dritten eingegangenen Geschäfts, oder vielmehr des daraus entsprungenen Kredits. In so weit ist freilich kein innerer Unterschied zwischen Fidejussion und Mandat. Da jedoch im Falle des Mandats die Verbindlichkeit des Intercedenten auf dem bloßen Consensus beruhet, nicht aber, wie bei der Fidejussion, auf feierlichen Worten: so gewährte die Form der Mandats-Intercession die Bequemlichkeit, daß auch unter Abwesenden das Geschäft vor sich gehen konnte. Ja, wenn die eine Partei stumm oder taub war: so blieb die mündliche Fidejussion eine Unmöglichkeit [29]); man mußte eine andere Form für die Intercession auffinden. Diese Umstände sind es, welche anscheinlich dem intercessorischen Mandate sein Daseyn gegeben haben. In die Form eines Mandates aber die Intercession einzukleiden, und nicht etwa ein eigenes Konsensualgeschäft dafür zu begründen, dazu mußte die Fidejussion eine nahe liegende Veranlassung geben, weil

---

27) 116. D. 45, 1. de V. O.
28) 7. D. 27, 7. de fidej. et nominatoribus.
29) 1. §. 14. 15. fr. 48. D. 44, 7. de O. et A.

dieselbe ebenfalls mandirende Worte enthält. Daher ist es erklärlich, wenn Julian die Bejahung der Frage, ob auch zur Antretung einer Erbschaft ein rechtsverbindliches, die Gefahr übernehmendes Mandat, könne ertheilt werden, mit der Aeußerung begleitet: In summa, quicunque contractus tales sunt, ut eorum nomine fidejussor obligari posset, et mandati obligationem consistere pulo, *neque enim multum referre, praesens quis interrogatus fidejubeat, an absens mandet* [30]). Es bleibt nämlich immer Auftrag, mag dieser auf vorgängige Frage durch mündliche fidejussio, oder, bei der Entfernung des Intercedenten von dem Gläubiger, durch das auf bloßem Consensus beruhende mandatum ertheilt seyn.

Ob man für diesen Fall der Intercession das Mandat ein qualificirtes nennen will, ist gleichgültig; den Römern war es eine Art des aliena gratia ertheilten Auftrags. Immer ist es gewiß, daß die gewöhnlichen Grundsätze dieses Konsensualvertrages hier zur Anwendung gelangen, wenn nicht etwa aus der Natur der Intercession sich eine Eigenheit ergiebt. Gerade weil das Mandat seiner Natur nach unentgeldlich übernommen werden muß [31]): so blieb das Bedenken möglich, ob das rechtliche Verhältniß eines Mandats Statt finde, wenn der Gläubiger auf Zinsen leihet. Indem derselbe sich Zinsen versprechen läßt, scheint er nicht ohne Vergeltung das Mandat, dem Dritten ein Kapital zu leihen, übernommen zu haben. Paulus läßt jedoch auch in einem solchen Falle den Mandator haften: Placet, mandatorem teneri, etiam si foeneraturo creditori mandet pecuniam credere [32]), und Gajus

---

30) 32. D. mandati.

31) 1. §. 4. D. mandati (Paulus): Mandatum, nisi gratuitum, nullum est. nam originem ex officio atque amicitia trahit. contrarium ergo est officio merces. interveniente enim pecunia, res ad locationem et conductionem potius respicit.

32) 71. §. 2. D. de fidej. et mandat.

zählt einen solchen Fall zu denjenigen, in welchen zugleich des Mandatars wegen der Auftrag ertheilt würde; wogegen dann, wenn ohne Zinsen geliehen werden soll, das Mandat blos des Dritten halber, und nicht zugleich des beauftragten Gläubigers wegen Statt findet [33]). Jene Entscheidung ist darum schon richtig, weil die Zinsen in der That nur eine Entschädigung für den entbehrten Gebrauch des Kapitales sind; nur eine Schadloshaltung wegen der gemachten Auslage. Als Belohnung, als einen Gewinn, kann man die Zinsen, genau betrachtet, nicht ansehen. Auf die Weise scheint mir jenes Fragment von Paulus seine natürliche Erklärung zu erhalten, wenigstens eine ungezwungenere, als die, welche Cujaz u. A. versucht haben [34]).

---

33) 2. §. 5. D. mandati: *Tua et aliena* (gratia intervenit mandatum) veluti, si tibi mandem, ut Titio sub usuris crederes. quod si, ut sine usuris crederes: *aliena* tantum gratia intervenit mandatum.

34) Cujacius, Obs. 11, 37. Et longe aliud est mutuum, aliud foenus, quod vel ille comici versus indicat: *si mutuum non potero, certum est sumam foenore:* et inde illa dubitatio in L. 71. §. *ult. de fidej.* an tenear, si Titio mandavero simpliciter pecuniam credere, id est, mutuam dare, et is foeneraverit: atque adeo longe aliud est actio mutui, aliud actio calendarii. Et sane mutui obligatio re contrahitur, calendarii verbis. Nam citra stipulationem mutuatitiae pecuniae usura deberi non potest, neque ex pacto in continenti facto, neque ex mora judicis officio: et accedit obligationi mutui obligatio calendarii. Qua de causa in specie *d. §. ult.* quia qui foeneravit, cum ego mandassem, ut crederet, simul etiam credidit, placet teneri me mandati in sortem scilicet, non in usuras, id est, mutui nomine, non calendarii. Daß das Mandat auf ein unverzinsliches Darlehn gerichtet gewesen, läßt das angef. fr. 71. §. ult. gar nicht annehmen; das Gegentheil vielmehr scheinen die Worte zu erge-

ben: *si foeneraturo* creditori *mandet.* Auch begreift das *credere* beides, das mutuum und das foenus. Cujas könnte eher Recht haben, wenn statt *mandet pecuniam credere,* die Worte gebraucht wären; mandet pecuniam *mutuam* dare.

Fidejussion und qualificirtes Mandat unterscheiden sich also zunächst durch die Form. Es ist indessen gäng und gebe gewesen, den hauptsächlichen Unterschied so festzustellen, als wenn das intercessorische Mandat wegen einer künftigen, die Fidejussion wegen einer schon bestehenden Hauptverbindlichkeit erfolgte. Das Irrige in dieser Unterscheidung hat Zimmern bemerklich gemacht [35]). Man berief sich auf folgende Stelle aus Ulpian:

Si post creditam pecuniam mandavero creditori credendam, nullum esse mandatum rectissime Papinianus ait. Plane, si, *ut exspectares, nec urgeres debitorem ad solutionem,* mandavero tibi, *ut ei des intervallum, periculoque meo pecuniam fore* dicam, verum puto omne nominis periculum debere ad mandatorem pertinere [36]).

In dieser Stelle liegt gar nichts Besonderes. Es ist eine zweifache Absicht des Intercedenten denkbar: entweder jemanden zum Kreditgeben zu bestimmen, oder ihn wegen eines schon gegebenen Kredits sicher zu stellen. Ist jenes die Absicht: so muß natürlicher Weise die Intercession hinfällig werden, wenn bereits die Kreditirung Statt gehabt hat; denn der Fall, für welchen man eintreten wollte, war nicht mehr vorhanden. Hat man aber für eine schon bestehende Verbindlichkeit intercediren wollen: so bleibt die Intercession gültig, auch wenn sie in der Form eines Mandats geschehen ist. Dieses setzt jene Stelle außer Zweifel, und es würde schon daraus folgen, daß eine negotiorum gestio durch Ratihabition in ein Mandat übergeht. Es enthält jenes Ulpianische Fragment so wenig eine Eigenheit, daß sein Inhalt ebenmäßig auf den Fall einer Fidejussion anwendbar ist. Denn hätte der Fidejussor lediglich wegen einer künftigen Verbindlichkeit intercedirt, der Stipulator aber bereits Kre-

---

35) Zimmern und Neustetel, Röm. rechtl. Unters. 1, 10.
36) 12. §. 14. D. mandati.

dit gegeben, wäre folglich die Hauptverbindlichkeit ohne Rücksicht auf die Fidejussion zu Stande gekommen: so bliebe eine Verpflichtung des Fidejussors undenkbar. Die Fidejussion verhält sich wie ein Verbal-Mandat, welches eben so wohl, wie das Konsensual-Mandat, zunächst auf ein künftiges Geschäft bezüglich ist, und nur unter dem Gesichtspunkte einer Ratihabition auf schon abgeschlossene Geschäfte eine Ausdehnung leidet, wie oben §. 3. gezeigt worden.

§. 6.

So wie durch die Fidejussion ein rechtlicher Verband blos zwischen dem Stipulator und dem Fidejussor entsteht, so durch das intercessorische Mandat blos zwischen dem Mandatarius, dem Gläubiger einer Seits, und dem Mandator, dem Intercedenten anderer Seits. Sonst aber ist eine erhebliche, von der Form abhängige Verschiedenheit. Das Mandat beruht auf dem bloßen Consensus, gewährt ein bonae fidei judicium, und giebt dem Mandanten oder Mandator die directa mandati actio, dem Mandatar die contraria.

Daher kann der Mandator gegen den Mandatar auf Erfüllung klagen, also darauf, daß sein Mandatar der als Schuldner bezeichneten Person dasjenige leiste, wofür der Mandator durch seinen Auftrag eingetreten ist [37]).

Ferner darf es, den Grundsätzen vom Mandat gemäß, nicht zweifelhaft scheinen, daß auch der kreditirende Mandatar dem intercedirenden Mandator wegen Culpa verhaftet ist, daß folglich dem Mandator, wenn er von dem Gläubiger

---

37) 6. §. 4. D. mandati (Ulpian): Si tibi mandavero, quod mea non intererat, veluti *ut pro Sejo intervenias*, vel *ut Titio credas:* erit mihi tecum mandati actio (ut Celsus lib. 7. Digestorum scribit), et ego tibi sum obligatus. §. 5. Plane, si tibi mandavero, quod tua intererat: nulla erit mandati actio, nisi mea quoque interfuit; aut si non esses facturus, nisi ego mandassem, etsi mea non interfuit, tamen erit mandati actio.

mit der contraria mandati actio belangt wird, nicht einzig und allein so, wie dem Fidejussor, aus dem Gesichtspunkte einer exceptio doli zu helfen steht [38]).

Daß der Mandator die Cession der Klagen des Mandatars wider den Schuldner und die etwanigen accessorisch Verpflichteten zu begehren befugt ist, wenn er das zahlt, was der Mandatar mit jenen Klagen erlangen konnte [39]), ergiebt sich als nothwendig schon aus dem Verhältniß des Mandatars zum Mandator, da der Beauftragte eines Theils aus dem Auftrage nichts behalten darf, andern Theils er den Nutzen des Auftragsgebers nach Maaßgabe des Mandats zu befördern verpflichtet ist. Hier darf man die Cession der Klagen keinesweges unter den Gesichtspunkt einer bloßen, dem Mandator erwiesenen Wohlthat bringen.

Sodann findet eine Herabsetzung bis auf die mandirte Summe Statt, wenn der Mandatar etwa mehr kreditirt hat, als ihm aufgetragen war. Freilich soll der Mandatar, folglich auch der in Folge eines Mandats kreditirende Gläubiger, innerhalb der Gränzen des Auftrages bleiben, und eben deshalb wollten Sabinus und Cassius dem Mandatar, falls er über die bestimmte Summe hinausgegangen war, gar keine Klage wider den Mandanten gestatten. Weil aber das Mandat ein bonae fidei judicium ist: so mußte, wie wirklich geschehen, Proculus mit seiner Meinung die Oberhand gewinnen, daß nämlich die Billigkeit eine Herabsetzung zulasse und daher der Mandant immer bis zu der Summe verhaftet bleibe, auf welche der Auftrag ertheilt worden [40]).

Wäre es aber denkbar, daß der Mandator eine Verbindlichkeit hätte, welche in Ansehung des Gegenstandes größer

---

[38]) Beispiele, daß dem Gläubiger eine culpa in seinem Verhältnisse zum Mandator angerechnet wird, liefern fr. 67. D. 46, 1. de fidej. 95. §. 11. D. 46, 3. de solut.

[39]) 27. §. 5. fr. 28. D. mandati. 13. 41. §. 1. D. de fidej. et mand.

[40]) Gajus, Inst. Comm. 3, 161. — §. 8. I. 3, 27. de mandato. fr. 4. 33. D. mandati.

oder anders wäre, als die Verbindlichkeit des Hauptschuldners? Um diese Frage zu verneinen, ist es freilich nicht passend, sich auf das fr. 8. §. 7. de fidejussoribus zu berufen: Illud commune est in universis, qui pro aliis obligantur, quod si fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit eos omnino non obligari. Dieses Fragment aus Ulpian ad Sabinum bezieht sich, seiner ganzen Fassung nach, weder auf Mandatoren, noch auf Konstituenten, wie auch Averani, obwohl nicht aus dem rechten Grunde, bemerkt hat [41]). Es spricht blos von Verbal-Intercedenten, und wenn gleich die Fidejussoren allein zum Vorschein kommen: so ist es doch höchst wahrscheinlich, daß Ulpian auf ähnliche Weise, wie Gajus [42]), einen Rechtssatz hervorgehoben habe, der den Fidejussoren mit den Sponsoren und Fidepromissoren gemeinschaftlich war. Die leztern beiden Verbal-Intercedenten sind aber in die Justinianische Kompilation nicht aufgenommen. Indessen bleibt es, auch ohne Bezug auf jene Stelle, undenkbar, daß der Mandator für mehr oder für etwas Anderes verhaftet sei, als der Hauptschuldner; nicht für mehr, weil der Gläubiger mit der mandati contraria immer nur dasjenige einklagen kann, was er ausgelegt hat; nicht für etwas Anderes, weil der Gläubiger an die Vorschrift des Mandats gebunden, mithin nicht befugt ist, von dem mandirenden Intercedenten etwas erstattet zu verlangen, was dieser auszugeben nicht aufgetragen hat. So ist es denn überflüssig, hier die accessorische Natur der Intercession zu Hülfe zu nehmen, um den Mandator zu befreien, falls ein Mehreres oder ein Anderes von dem beauftragten Gläubiger kreditirt worden ist.

---

41) Interpret. jur. 2, 3. No. 3.

42) Inst. Comment. 3, 126. In eo jure quoque juris par conditio est omnium, sponsorum, fidepromissorum, fidejussorum, quod ita obligari non possunt, ut plus debeant, quam debet is, pro quo obligantur etc.

Daß dagegen der Mandator verhaftet bleibt, wenn der Gläubiger weniger kreditirt hat, als ihm aufgetragen war, läßt sich nicht bezweifeln. Alsdann haftet er nämlich für die wirklich geborgte Summe. Anders verhält es sich zwar, wie oben §. 4. bemerkt, im Fall der Fidejussion. Allein das Mandat ist kein Geschäft, welches, mit Verläugnung der Billigkeit, eine streng buchstäbliche Auslegung nothwendig macht. Immer darf der Mandatar dasjenige erstattet begehren, was er weniger ausgelegt hat, weil die größere Summe auch die geringere in sich faßt, oder weil für den Mandator kein Nachtheil entsteht, wenn der Beauftragte in seiner Verwendung unter der Summe des Auftrages bleibt [43]).

§. 7.

Sind mehrere Mandatoren wegen derselben Schuld vorhanden: so genieſſen sie, gleich den Fidejussoren, die Wohlthat der Theilung. Daß die epistola Hadriani von Mandatoren gesprochen habe, ist zwar zu bezweifeln, obwohl es Justinian gelegentlich sagt [44]); doch gewiß ist es, daß man durch Interpretation, geleitet von der Billigkeit, das auxilium divisionis den intercessorischen Mandatoren beigelegt hat [45]). Von Zimmern ist dieses gründlich auseinander gesetzt [46]). Begreiflich hat die ganze Wohlthat der Theilung nur dann eine Bedeutung, wenn wegen derselben Schuld mehrere Mandatoren jeder für sich den Auftrag zur Kreditirung gegeben haben. Im Fall eines gemeinschaftlich und ohne Ausbedingung der solidarischen Verbindlichkeit ertheilten Mandats würde es ohnehin unbezweifelt seyn, daß jeder Mandator nur zu seinem Theile für die Schuld zu haften braucht.

---

[43]) Vgl. 33. 46. D. mandati.

[44]) ult. C. 4, 18. de constit. pecunia.

[45]) 7. D. 27, 7. de fidej. et nominatoribus. Vgl. 1. §. 11. 12. D. 27, 3. de tutelae et rat. distr. actione. Nov. 99.

[46]) Neustetel und Zimmern, Röm. rechtl. Unters. 1, 10.

Eben so wenig, wie dem Fidejussor, stand dem Mandator die Befugniß zu, die vorgängige Ausklagung des Hauptschuldners zu begehren [47]). Dieses will so viel sagen, daß man in dem Auftrage der Kreditirung noch nicht den Auftrag der Ausklagung des Hauptschuldners, oder wenigstens nicht die Einwilligung des Gläubigers in einen solchen Auftrag, anerkannte. Daß jedoch die Verabredung der vorgängigen Ausklagung des Schuldners erfolgen durfte, leidet nach der Natur des Mandats kein Bedenken [48]), und das Röm. Recht, wie wir oben §. 4. bemerkt, liefert hierzu Belege selbst für den Fall der Fidejussion. Auch ging dem Gläubiger durch Litiskontestation des Schuldners die Klage wider den Mandator nicht verloren, wie es doch in Ansehung des Fidejussors bis auf Justinian der Fall war [49]). Nachdem aber Justinian mittelst der Nov. 4. den Gläubiger angewiesen hat, zuvörderst den Hauptschuldner zu belangen, bevor er den Mandator besprechen dürfe: so ist eben dadurch die principale Haft des Mandators in eine subsidiäre verwandelt, oder, mit andern Worten, in dem Auftrage der Kreditirung liegt, wenn nichts Anderes verabredet worden, von Rechtswegen der Auftrag der Ausklagung des Hauptschuldners, dafern dieser seine Verbindlichkeit nicht gehörig erfüllen würde, so wie die stillschweigende Bedingung, daß der Mandator nur im Nothfalle haften solle. Was übrigens die so genannte Wohlthat der Ordnung an dem frühern Rechte der Fidejussion geändert hat, (§. 4), das kommt nunmehr auch bei dem intercessorischen Mandat in Betracht.

---

47) 56. pr. D. mandati.

48) 19. C. 8, 41. de fidej. et mand.

49) 27. in f. D. mand. 13. D. de fidej. et mand. 23. 28. C. 8, 41. de fidej. et mand.

III. Von dem intercessorischen Constitutum.

§. 8.

Eine dritte Art, für eine fremde Verbindlichkeit einzutreten, gewährt das constitutum, ein prätorisches pactum, wodurch jemand sich zur Bezahlung einer Schuld anheischig macht. Betrifft nämlich das Zahlungsversprechen eine fremde Schuld (const. debiti alieni): so ist es eine Art von Intercession.

Ueber die Entstehung und den Gebrauch des intercessorischen Constitutum pflegen sehr irrige Ansichten obzuwalten. Als s. g. intercessio cumulativa betrachtet, ist das Constitutum, so viel uns die geschichtlichen Quellen zu urtheilen erlauben, durch kein Bedürfniß eingeführt. Denn was die Form betrifft: so war es nicht möglich, daß das Constitutum als Pactum eine größere Freiheit gewährte, als das auf der bloßen Einwilligung beruhende Mandat. Und in Ansehung der Sache selbst beweist es wenigstens die uns überlieferte Lehre vom Constitutum, daß dasselbe, sofern es eine intercessio cumulativa enthält, den hauptsächlichen Grundsätzen des intercessorischen Mandats nicht entgegen getreten ist; woraus man denn folgern darf, daß eine innere Beschränktheit des intercessorischen Mandats so wenig, als eine im Aeußern desselben liegende Beengung oder Belästigung, die Einführung des intercessorischen Constitutum zum Bedürfniß gemacht habe. In der That giebt es in unsern Quellen auch nur ein dürftiges Material des Konstituts wegen pecunia *aliena*, und von dem intercessorischen Konstitut kumulativer Art einzig und allein mögen, von Justinian's Verordnungen abgesehen, vielleicht kaum einige Stellen zu verstehen seyn [50]), zum Beweise, daß diese Art der kumulativen Intercession nicht häufig im Geschäftsleben der Römer vorgekommen ist.

---

50) 5. §. 3. fr. 24. 26. 27. 28. D. de pec. const. 38. D. 15, 3. de in rem verso.

Hingegen das Konstitut wegen pecunia *propriä* ist, allem Anschein nach, viel öfterer benutzt worden, zu dem Ende nämlich, um eigene Verbindlichkeiten auch ohne die Form der Stipulation zu bestärken. Auch empfahl sich das Constitutum als ein Art der privativen Intercession. Man konnte nämlich durch dieses bloße Pactum dasjenige erreichen, was sonst nur mittelst der Delegation und Expromission, folglich durch Stipulation, sich vermitteln ließ. Doch dieses nur im Vorbeigehen. Hier fragt es sich zunächst, welche Eigenheit dem Constitutum, als kumulative Intercession betrachtet, anklebe? oder ob dasselbe mit den übrigen Arten der kumulativen Intercession, der Fidejussion und dem qualificirten Mandat, in der Sache übereinstimme?

§. 9.

Koch hat in einer, 1777 erschienenen Inaugural-Dissertation, den Unterschied zwischen dem constitutum debiti alieni und der Fidejussion festzustellen versucht [51]). Ueber das qualificirte Mandat verbreitet er sich nicht, da doch die Zusammenstellung des Konstituts mit dem Mandat zur völligen Erkenntniß des heutigen Verhältnisses ebenfalls nöthig gewesen wäre. Aber auch die von ihm aufgestellten innern Eigenheiten des intercessorischen Constitutum, im Vergleich mit der Fidejussion, Eigenheiten, die, auf Kochs Autorität,

---

51) J. C. Koch, Diss. de constituto debiti alieni ejusque a fidejussione discrimine. Kil. In Ansehung der Autorschaft bekennt er jedoch §. 1: Ne vero hac ipsa in re mihi, quod meum non est, arrogem, lecturos moneo, ut, si quid curatius distinctiusque hoc in loco expositum putent, omnem hujus rei, quod dulce mihi est profiteri, laudem tribuant Trendelenburgio meo, cujus voci et institutioni haec debeo. Trendelenburg aber, einst unter den ausgezeichnetsten Lehrern und Fakultisten der Christiana-Albertina, obwohl er als Schriftsteller sich kaum versucht hat, sagt im Schlußworte, daß er das, was sein Schüler Koch ihm zuschreibe, einstens von Beckmann (in Göttingen) gelernt habe.

viele neuere Juristen, namentlich Weber [52]), als ausgemacht angesehen haben, sind in unsern Quellen theils nicht gehörig begründet, theils verdienen sie keines sonderlichen Aufhebens.

So setzt Koch den wesentlichsten Unterschied darin, daß die Fidejussion die größere Sicherheit des Gläubigers bezwecke, dem intercessorischen Constitutum aber andere Zwecke zum Grunde liegen. Jenes freilich ist so ausgemacht richtig [53]), daß niemand daran zweifeln wird. Wenn aber Koch vom Constitutum sagt, nirgends in unsern Quellen erscheine dasselbe mit dem Zweck einer größern Sicherheit des Gläubigers: so behauptet er offenbar mehr, als er Willens war, nämlich daß das Constitutum gar nicht als kumulative Intercession, wie die Fidejussion und das qualificirte Mandat, vorkommen könne. Denn welchen andern Zweck will man einer kumulativen Intercession beilegen, als die größere Sicherstellung eines Gläubigers? Nur so viel ist wahr, daß das Constitutum ein Vertrag war, welcher nicht blos, wie die Fidejussion, die größere Sicherstellung eines Dritten, sondern auch die Anerkennung einer eigenen Schuld, so wie die Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit mit Befreiung des bisherigen Schuldners, möglich machte.

So wie in diesem Punkte Koch dergestalt argumentirt, als wäre die ganze Römische Lehre vom Constitutum auf diejenige Art desselben, welche eine kumulative Intercession enthält, anzuwenden, so verschwinden auch die übrigen angeblichen Verschiedenheiten des Inhalts, wenn man das constitutum debiti alieni, und zwar das kumulative, von dem Constitutum wegen anderer Fälle sondert und scheidet.

Namentlich soll es erlaubt seyn, eine, in Betreff der Zahlung künftige Verbindlichkeit, als eine gegenwärtige

---

52) Von der natürl. Verbindlichkeit §. 124.

53) pr. I. 3, 21. de fidej. 1. D. 2, 8, qui satisdare cogunt. 1. §. 8. D. 44, 7. de O. et A.

zu konstituiren. Aber die hierfür angeführten Stellen reden offenbar von dem const. debiti *proprii* [54]), und es widerspricht allen Grundsätzen von der accessorischen Natur einer kumulativen Intercession, daß der accessorische Schuldner strenger verpflichtet sei, als der principale. Von diesen Grundsätzen findet sich in der Lehre vom Constitutum keine Ausnahme.

Dasselbe gilt von der Aenderung des Orts der Zahlung [55]).

Ferner wird es von Koch hervorgehoben, daß der Konstituent, wenn wider die Natur des Constitutum kein Zahltermin festgesetzt worden, erst in zehn Tagen zu zahlen brauche [56]), der Fidejussor aber in einem solchen Falle sofort zahlen müsse. In der That ein sehr unerheblicher, und nicht einmal genau zutreffender Unterschied! Weder der Konstituent als kumulativer Intercedent, noch der Fidejussor, zahlt vor dem Verfalltage der Hauptschuld. Daß jener von da an die zehn Tage habe, ist wohl nur dann richtig, wenn nach dem Zahltage der Hauptschuld das Constitutum vollzogen ist.

---

54) 3. §. 2. D. 13, 5. de pec. const. (Ulpian): Si is, qui jure civili et praetorio debebat, in diem sit obligatus, an constituendo teneatur? Et Labeo ait teneri; quam sententiam et Pedius probat, et adjicit Labeo, vel propter has potissimum pecunias, quae nondum peti possunt, constituta inducta. quam sententiam non invitus probarem; habet enim utilitatem, ut ex die obligatus, constituendo se eadem die soluturum, teneatur. fr. 4. ib. (Paulus): Sed et si citeriore die constituat se soluturum, similiter tenetur. Daß die hier aufgestellte Meinung bestritten war, ergiebt auch Justinian's c. 2. C. 4, 18. de const. pec. Aus den Worten Ulpian's: quam sententiam *non invitus probarem*, folgert Giphanius, Explan. ad Tit. C. de pec. const., daß Ulpian Labeo's Meinung nicht gebilligt, Tribonian aber die weitere Aeußerung Ulpian's weggelassen habe.

55) 5. pr. D. de const. pec. Eum, qui Ephesi promisit se soluturum, si constituat alio loco se soluturum, teneri constat.

56) 21. §. 1. ib.

Aber auch der Fidejussor oder der Mandator genießt noch eine mäßige Frist, wenn schon der Zahltag der Hauptschuld eingetreten wäre, und der ganze Unterschied besteht nur darin, daß diese mäßige Frist auf bestimmte zehn Tage weder beschränkt noch ausgedehnt, vielmehr dem richterlichen Ermessen anheim gestellt ist [57]).

Sodann soll sich der Konstituent einem Dritten verbindlich machen können, der Fidejussor nur dem Gläubiger. Die einzige, hier einschlagende Stelle, ist aus Ulpian ad Edictum, fr. 5. §. 2. D. de pec. constituta: „Quod exigimus, ut sit debitum, quod constituitur, in rem exactum est: *non utique ut is, cui constituitur, creditor sit*: nam et quod ego debeo, tu constituendo teneberis, *et quod tibi debetur, si mihi constituatur, debetur.*“ Aber diese Stelle darf man nicht auf eine kumulative Intercession des Konstituenten beziehen, man wollte denn zugeben, daß jemand, ohne eine principale Forderung zu haben, aus einem accessorischen Vertrage klagen dürfe, oder daß ein Schuldner zweimal seine Verbindlichkeit erfüllen müsse, einmal zum Besten seines ursprünglichen Gläubigers, und überdies zum Besten dessen, dem er konstituirt hat; was denn doch bekanntlich nicht einmal in dem Falle eintritt, wo der Schuldner mehreren correis stipulandi verhaftet ist. Oder will man, was sich allerdings hören läßt, in obiger Stelle den Fall voraussetzen, daß mit Einwilligung des Gläubigers [58]) das Constitutum zwischen einem Dritten und dem Schuldner erfolgte? Dann verhielte sich der Dritte wie ein Mandatar des Gläubigers, ähnlich dem Adstipulator,

---

[57]) 135. §. 2. D. 45, 1. de V. O. — 105. D. 46, 3. de solut.

[58]) Wie z. B. Westenberg voraussetzt, Princ. jur. sec. ord. Digest. 13, 5. §. 14. . . . . quod tibi debetur, si (*te volente*) mihi constituatur, debetur. Desgleichen Schmid de fidejussore plane non obligato §. 15. Not. r). Höpfner, Komment. der Institt. §. 846.

welchem der Schuldner sich als Fidejussor verpflichten konnte, wenn er gleich dem Stipulator sich als Sponsor verbunden hatte [59]). Unter dieser Annahme aber verschwindet der innere Unterschied zwischen der Fidejussion und dem Constitutum als einer Art kumulativer Intercession, weil gar nichts im Wege steht, warum nicht ebenfalls die Fidejussion einem Bevollmächtigten des Gläubigers geschehen könnte [60]).

Gar nicht besser steht es um den angeblichen Unterschied, daß das Constitutum eine andere Sache, als die schuldige, betreffen könne [61]). Eine Sache für die andere zu geben, ist mit Genehmigung des Gläubigers erlaubt [62]). Wenn nun die Verwandelung des Gegenstandes der Hauptverbindlichkeit zwischen Gläubiger und Schuldner beliebt ist: so kann auch die Fidejussion sonder Zweifel für den neuen Gegenstand eintreten. Fehlt es an jener Beliebung: so würde nicht blos die Fidejussion, sondern auch das Constitutum, als kumulative Intercession betrachtet, ungültig seyn, weil es in der Natur der Sache liegt, daß das Nebengeschäft sich von dem Gegenstande des Hauptgeschäftes nicht entfernen darf. Wollte man beim Constitutum vermöge der oben angeführten Stelle etwas Abweichendes annehmen: so müßte diese Stelle ausdrücklich von demjenigen Constitutum, welches sich als kumulative Intercession verhält, reden. Dieses wäre je-

---

59) Gajus, Comm. 3, 112. Ceterum potest etiam aliis verbis uti adstipulator, quam quibus nos usi sumus. itaque si v. g. ego ita stipulatus sim: *Dari spondes?* ille sic adstipulari potest: *Idem fide tua promittis?* vel: *Idem fidejubes?* vel contra.

60) 20. I. 3, 20. de inutilibus stipul. 38. §. 17. 22. 23. fr. 79. D. 45, 1. de V. O. 5. D. 46, 5. de stipul. praetoriis.

61) 1. §. 5. D. de pec. const. (Ulpian): An potest aliud constitui, quam quod debetur, quaesitum est. Sed cum jam placet, rem pro re solvi posse; nihil prohibet, et aliud pro debito constitui. denique, si quis centum debens, frumentum ejusdem pretii constituat: puto valere constitutum.

62) 2. §. 1. D. 12, 1. de reb. cred. Gajus 3, 168.

doch nicht zu vermuten, und das angeführte Beispiel: si *quis* centum *debens*, frumentum ejusdem pretii *constituat*, zeigt es zum Ueberfluß, daß Ulpian hier nur an das const. debiti *proprii* gedacht habe.

Dagegen ist es wahr, das Constitutum bleibt bis zur Summe der Verbindlichkeit, weshalb es erfolgt, rechtsbeständig, falls eine größere Summe konstituirt worden. Freilich reden die hier einschlagenden Stellen blos von dem Constitutum wegen eigener Schuld [63]); doch ist nicht abzusehen, warum sie nicht auch auf den Fall des const. deb. alieni sollten angewandt werden. Aber in diesem Punkt unterscheidet sich das Constitutum blos von der Fidejussion als der strengen Verbal-Intercession; nicht von dem intercessorischen Konsensual-Kontrakte, dem Mandate.

§. 10.

Weit entfernt also, daß, so viel den Inhalt anlangt, das intercessorische Constitutum kumulativer Art sich als ein nützlicherer Vertrag vor der Fidejussion oder dem intercessorischen Mandat ausgezeichnet habe, ergeben im Gegentheil unsere Rechtsquellen eine anfängliche große Beschränkung in dem Gebrauche des Konstituts und daneben eine kurze Dauer der daraus entspringenden Klage.

Einzig und allein wegen einer vertretbaren (fungibeln) Sache war das Constitutum zulässig, in gewissen Fällen gewährte dasselbe blos eine *annalis* actio, da die Klage prätorischen Ursprungs war, und überdies war es streitig, einer Seits, ob wegen einer bedingten oder auch von einem Termine abhängigen Schuld das Constitutum zulässig sei, anderer Seits, ob ohne Hinzufügung eines Termins das Constitutum Statt finden könne [64]). Neben dem Con-

---

[63]) 12. §. 1. fr. 13. 14. D. de pec. const.

[64]) Daß die Natur des Constitutum die Feststellung eines Termins mit sich bringe, dafür hat man auch angeführt Cicero, Epist. ad famil. 7, 3. ad Attic. 12, 1.

stitutum bestand aber das ihm verwandte civilrechtliche Receptum, dessen Eingehung jedoch auf die Argentarien eingeschränkt war. Mit der receptitia actio [65]) haftete der Argentarius aus seinem, wegen einer fremden Schuld gegebenen Zahlungsversprechen, ohne Einschränkung auf vertretbare Sachen, ja selbst in dem Falle, wenn sein Versprechen eine Nichtschuld betraf. Indessen war diese receptitia actio außer Gebrauch gekommen, als Justinian, während der Kompilation der Digesten, die const. 2. C. 4, 18. de const. pec. erließ und aus dem Receptum der Argentarien das Constitutum erweiterte. Er dehnte, unter ausdrücklicher Aufhebung der veralteten Klage aus dem Receptum, das Constitutum auf jede Art von Sachen aus, hob die Beschränkung in Betreff der Bedingungen und Termine auf, knüpfte die Klage an die dreißigjährige Verjährung, und ließ nur die Einschränkung bestehen, daß das Constitutum sich auf eine Schuld beziehen müsse, dasselbe folglich wegen einer Nichtschuld ungültig bleibe.

Daß die Schuld, weshalb das Constitutum erfolgte, eine schon vorhandene, keine künftige, seyn müsse, hat Justinian gar nicht vorgeschrieben, und die entgegenstehende Meinung einiger Rechtsgelehrten [66]) beruht auf einem Irrthume. Justinian stellte überhaupt den Grundsatz auf, die pec. constitutae actio solle, ohne ihrer natürlichen Vortheile (wovon der wichtigste, daß sie auf dem formlosen Pactum beruht) beraubt zu werden, ein ähnliches Ansehen haben, wie die Stipulation, also auch alle Fälle begreifen, die eine Stipu-

---

[65]) Wovon Justinian sagt, sie sei gewesen composita *solemnibus verbis*. Hieraus sollte man schliessen, sie hätte sich wie eine Art von legis actio verhalten. Gewöhnlich schließt man daraus auf das Geschäft zurück, daß nämlich das Receptum auf einer feierlichen Verbal-Obligation beruhet habe. So z. B. Giphanius, Explanatio ad Tit. C. de pec. const.

[66]) Zimmern a. a. O. S. 258. Wening-Ingenheim, Gem. Civilrecht §. 355. (3te Aufl.)

lation gestatten. Die Fidejussion aber, war sie wegen künftiger Schulden unzulässig? Oder ging die Fidejussion nicht vielmehr, wie unsre Bürgschaft, in den meisten Fällen auf eine in der Entstehung erst begriffene Schuld? Justinian hätte dem intercessorischen Constitutum fast allen Werth genommen, wenn er dasselbe auf schon vorhandene Schulden beschränkt hätte. Die für eine entgegenstehende Meinung angeführte Stelle aus Ulpian [67]) läßt sich theils nur in dem Sinne verstehen, daß es genüge, wenn zur Zeit des Konstituts die Schuld vorhanden sei, sollte sie auch nachher aufgehört haben; theils müßte man diese Stelle, wie so viele andre in dieser Lehre, auf das Constitutum wegen pecunia propria beschränken, wozu die Natur der Sache und die in der Stelle liegende Interpretation auffordern. Eben so wenig entscheiden für die andere Meinung Justinian's Worte: ita tamen, ut hoc ei inhaereat, ut pro (jam) debito fiat constitutum; er setzt ja eine Erklärung hinzu, die es nicht zweifelhaft läßt, er habe blos das Konstituiren für eine Nichtschuld, keineswegs das für eine künftige Schuld, zu verbieten beabsichtigt: cum secundum antiquam receptitiam actionem res exigebatur, etiam si quid fuerat *non debitum*: cum satis absurdum, et tam nostris temporibus quam justis legibus contrarium sit, permittere per receptitiam actionem res *indebitas* consequi, et iterum multas proponere condictiones,

---

67) 18. §. 1. D. de const. pecunia: Quod adjicitur, *eamque pecuniam, cum constituebatur, debitam fuisse:* interpretationem pleniorem exigit. Nam primum illud efficit, ut si quid tunc debitum fuit, cum constitueretur, nunc non sit: nihilominus teneat constitutum, quia retrorsum se actio refert. Proinde temporali actione obligatum, constituendo, Celsus et Julianus scribunt teneri debere, licet post constitutum dies temporalis actionis exierit. Quare et si post tempus obligationis se soluturum constituerit, adhuc idem Julianus putat: quoniam eo tempore constituit, quo erat obligatio, licet in id tempus, quo non tenebatur.

quae et pecunias *indebitas* et promissiones corrumpi et restitui definiunt etc. Hieraus ergiebt sich zugleich, daß die Lesart pro *jam* debito falsch sei. Das *jam* findet sich weder in der Haloanderschen Ausgabe, noch, wie Spangenberg in der Note zur Göttinger Ausgabe sagt, in irgend einem der Manuskripte, welche Contius, Russardus, und Charondas verglichen haben.

Ebenfalls ist es Justinian, welcher, und zwar während der Kompilation der Pandekten, das Hadrianische Benefiz der Theilung auf den Fall, da mehrere Konstituenten für eine fremde Schuld eingetreten wären, ausdehnte [68]), so wie denn gleichmäßig zum Besten des Konstituenten einer fremden Schuld die Vorausklage des Hauptschuldners durch die Nov. 4. eingeführt wurde [69]). Und wenn übrigens in der Lehre vom Constitutum das s. g. benef. cedendarum actionum mit Stillschweigen übergangen ist: so bleibt doch die Ausdehnung desselben auf das kumulative Constitutum schon deshalb unbedenklich, weil ein auf der bloßen Billigkeit beruhendes prätorisches Pactum nicht strenger zu behandlen steht, denn ein Contractus des Civilrechtes, wie das Mandat und die noch feierlichere Fidejussion.

Solchemnach liegt zugleich am Tage, daß das Constitutum, insoweit es als kumulative Intercession erscheint, allererst durch Justinian seine wichtigern Grundlagen erhalten hat; Grundlagen indessen, die, wie alle der spätern Kaiserzeit angehörigen Gesetze, ohne allen wissenschaftlich praktischen Anbau auf die Glossatoren und die spätern Interpreten des Römischen Rechts übertragen sind. Hingegen die Fidejussion erscheint als eine bis in die feinsten Fäden ausgesponnene

---

[68]) ult. C. 4, 18. de constit. pecunia.

[69]) Die etwa denkbaren Zweifel, ob die Nov. 4. auch von dem Konstituenten rede, hat Zimmern a. a. O. überzeugend widerlegt.

Lehre, und das intercessorische Mandat kommt ihr in der Ausbildung sehr nahe.

IIII. Ueber das Verhältniß der heutigen Bürgschaft.

§. 11.

Haben wir uns bisher beschäftigt, die Natur und eigene Beschaffenheit jener drei Arten der kumulativen Intercession, wie dieselbe im Römischen Rechte sich darstellt, in den wichtigern Punkten hervorzuheben: so befinden wir uns nunmehr am Ziele, das Verhältniß der heutigen Bürgschaft festzustellen. Insoweit nämlich weder Landrechte und Statuten, noch das gemeine Deutsche Recht, etwas Abweichendes enthalten, bleibt nichts Anderes übrig, als unsre Bürgschaft nach dem Römischen Rechte zu beurtheilen. Folglich entsteht die Frage, ob und nach welcher einzelnen Art der kumulativen Intercession die Bürgschaft abzumessen sei? Oder ob vielleicht sich ein Grundsatz vermitteln lasse, um darnach aus der Gesammtheit der kumulativen Intercessionsarten das Anwendbare heraus zu finden?

Das Wort bürgen, und die ihm gleich stehenden oder verwandten Ausdrücke, eintreten, einstehen, haften, übernehmen, auf sich nehmen, gewähren, gut sagen, (in Holstein, herkommen für etwas) u. d. gl. entsprechen freilich nicht dem Sinne von auftragen oder Vollmacht geben, wiewohl in gar vielen, wo nicht in den meisten Fällen, das Geschäft sich so gestalten mag, als verhielte sich die Bürgschaft wie eine Auftrag oder Geheiß des Bürgen, mit einem Dritten einen Vertrag abzuschliessen [70]).

---

[70]) Im Dithmarsischen Landrechte wird der Rückbürge auf Plattdeutsch Heter, d. h. Heisser, genannt. Der Art. 49 ist überschrieben: Van Heteren, und lautet: „We einen hettet laven vor einen andern, und sede, datt desülvige, darvor he laven schall, gut were, und tho betalen hadde; und

Doch drücken jene Worte sämmtlich das Wesentliche einer kumulativen Intercession aus, die Absicht nämlich, für eine fremde Verbindlichkeit zu haften, falls der Schuldner ihr nicht Genüge thuen würde [71]). Eine Befreiung des Schuldners liegt nicht in der Bürgschaft an sich.

Ferner ist es gewiß, daß die Bürgschaft, obwohl sie auf Ersuchen des Schuldners eben so wohl, als auf Anhalten des Gläubigers, oder gar aus eigener Bewegung des Bürgen, geschehen kann, eine dem Gläubiger gethane Zusage enthält, wenigstens ein Versprechen zu seinem Besten, die Absicht, ihm sich zu verbinden; daher denn die Einwilligung des Gläubigers ebenfalls nothwendig ist, wenn derselbe sich selbsten den Bürgen verbinden will.

Förmlichkeiten aber giebt es gemeinhin für die Bürgschaft eben so wenig, wie für die übrigen Deutschen Verträge. Eben der Mangel einer Form, außer der bloßen Einwilligung des Gläubigers und des Bürgen, macht es unmöglich, auf die heutige Bürgschaft diejenigen Sätze des Römischen Rechtes anzuwenden, welche lediglich durch die Form einer Intercession bedingt sind, also die Eigenheiten der Fidejussion, die in der strengen Form einer Verbal-Obligation ihren

---

de Borge darna nicht benomen worde, und in Schaden keme, so mach he sinen Heter wedder anspreken, de is ehnen des Gelofftes tho benemen, und schadelos tho holden schuldig."

[71]) Daß bisweilen der Deutsche Ausdruck: Bürge werden, auf die Sicherstellung wegen eigener Verbindlichkeiten sich bezieht, nicht also stets eine Intercession bezeichnet, dazu giebt es einen Beleg im Lübschen Stadtrecht 3, 1. Art. 1. „...Bezahlt er alsdann nicht, so muß er bey Sonnenschein Bürgen stellen oder selbst Bürge werden." Diesen leztern Ausdruck nimmt Mevius in dem Sinne, als wenn der Schuldner verhaftet, inkarcerirt werden solle, wenn er keinen Bürgen stellte.

Grund haben. Hierin stimmen fast alle unsere Schriftsteller überein.

Mit dieser Einschränkung freilich ist es, nach meiner Ansicht, gleichgültig, nach welcher Art von kumulativer Intercession man die Bürgschaft beurtheilen will, weil ich meine, daß sich, von der Form und deren Folgen abgesehen, kein innerer Unterschied zwischen der Fidejussion, dem qualificirten Mandat, und dem Constitutum, als kumulative Intercession betrachtet, auffinden läßt. Wer indessen von der Richtigkeit dieser Meinung sich nicht zu überzeugen vermag, wird ein Princip aufsuchen müssen, welches ihn in der Unterstellung der Bürgschaft unter eine Römische Intercession zum Anhalt diene. Da es nun aber eine rein willkürliche Annahme seyn würde, die Bürgschaft gerade für ein Fidejussion, oder für ein qualificirtes Mandat, oder für ein intercessorisches Constitutum, gelten zu lassen, insofern nicht der besondere Fall in der Weise, wie er sich gestaltet, etwas enthielte, was die Bürgschaft mehr der einen als der andern Römischen Intercessionsart näherte: so bleibt gemeinhin der Grundsatz richtig, daß auf die Bürgschaft die rechtlichen Normen sämmtlicher kumulativen Intercessionsarten des Römischen Rechtes Anwendung finden; jedoch, im Fall eines vermeintlichen Widerstreites unter den verschiedenen Intercessionsarten, mit der Einschränkung, daß der dem Bürgen günstigste Rechtssatz anwendbar bleibt. Diese Einschränkung rechtfertigt sich nämlich durch die bekannte Rechtsregel, wornach im Zweifel die geringste Art von Verbindlichkeit zu vermuten ist, eben weil diese Vermutung mit der Absicht dessen, der eine Verbindlichkeit übernimmt, sich am besten vereinbart. Ohnedies würde die Verbürgung die schonendste Auslegung deshalb verdienen, weil der Bürge gemeinhin nur aus Freundschaft oder Gefälligkeit handelt, aus christlicher Liebe gegen seinen Nächsten. „Ein frommer Mann wird Bürge für seinen Nächsten," wie Sirach sagt. Mag noch so gelinde

die Verbindlichkeit eines Bürgen beurtheilt werden: es bleiben Fälle genug, die alte Erfahrung zu bestätigen: Bürge werden, hat viele reiche Leute verderbt, und hin und wieder geworfen, wie die Wellen im Meere [72]).

47.

Eine Verbürgung darf der Bürge vor der Einwilligung des Gläubigers wiederrufen.

---

§. 1.

Es hatte jemand ein Hannöversches Landgut unter der Bedingung gepachtet, daß er einen annehmlichen Bürgen stellen sollte. Der Pächter wußte einen reichen Bauer zur Verbürgung zu bereden, ging mit demselben zu Gericht, und ließ in der üblichen Form über die Bürgschaft eine Urkunde aufnehmen. Dieses geschah Nachmittags, in Abwesenheit des einige Stunden entfernt wohnenden Verpächters. Abends gereuet den Bürgen seine Handlung; er glaubt arglistig überredet zu seyn und große Gefahr zu laufen. Noch in der folgenden Nacht, ehe der Verpächter von der Verbürgung etwas erfahren hat, eilt der Bürge zu demselben, zeigt ihm das Geschehene, aber zugleich den Wiederruf an. Der Verpächter jedoch erklärt seine Einwilligung in die Bürgschaft und seine Weigerung, den Bürgen los zu geben. Und wie

---

[72]) Sirach, Kap. 29. V. 24.

schon mit dem ersten Pachttermine von 2000 Rthlr. der Pächter im Rückstande geblieben war: so verklagte der Verpächter den Bürgen aus der gerichtlichen Bürgschaftsakte.

Das Merkwürdige in diesem Rechtsfalle schien mir nur darin zu bestehen, daß die Praktiker den Bürgen als hülflos betrachteten, da er doch dem Verpächter noch gar nicht verbindlich geworden war. Ein doppeltes Verhältniß des Bürgen ist zu unterscheiden, in Betreff des Pächters und in Betreff des Verpächters.

Dem Pächter hatte sich der Bürge durch die Verabredung, die Bürgschaft übernehmen zu wollen, verbindlich gemacht, und dieser Verabredung war sogar eine Bekräftigung durch die gerichtlich vollzogene Bürgschaftsakte hinzugefügt. Doch gegen eine Klage des Pächters glaubte der Bürge durch Einreden geschützt zu seyn, die er dem Verpächter als Gläubiger nicht hätte entgegensetzen können.

Dem Verpächter hingegen war der Bürge nicht verbindlich geworden, weil die Bürgschaft als eine Uebereinkunft des Bürgen mit dem Gläubiger, als ein Mandat, oder auch nur als ein dem Gläubiger geleistetes Zahlungsversprechen, falls der Schuldner säumig oder unzahlfähig seyn sollte, die Einwilligung des Gläubigers wesentlich erfordert. Ohne diese Einwilligung verhielt sich der in der Bürgschaftsakte ausgesprochene Wille nicht anders, als ein bloßes Anerbieten, eine Offerte, die vor der Einwilligung des Gläubigers sich zurücknehmen ließ. Diese Zurücknahme war zeitig erfolgt, indem der Bürge in dem Augenblicke, wo er den Verpächter mit dem Geschehenen bekannt machte, seine gerichtliche Erklärung, für den Pächter haften zu wollen, widerrief.

§. 2.

Offenbar entsteht aus der Art und Weise, wie bei uns die Bürgschaft vollzogen zu werden pflegt, eine falsche Ansicht des rechtlichen Verhältnisses. In den wenigsten Fällen

ist der Gläubiger, wenn die Bürgschaft zu Protokoll erklärt wird, gegenwärtig, und wenn außergerichtlich die Verbürgung geschieht: so pflegt sie häufig mittelst eines einseitig von dem Bürgen ausgestellten Scheines zu erfolgen. Gemeinhin hat diese Art des Verfahrens keine Unzuträglichkeiten für den Gläubiger. Da er nämlich hinterher und selbst stillschweigend einwilligen kann: so beweist er mit dem Bürgscheine in der Hand nicht nur die von dem Bürgen eingegangene Verpflichtung, sondern auch die von ihm, dem Gläubiger, ertheilte Genehmigung, und nur dem Bürgen wird, unter den gewöhnlichen Umständen, der Gegenbeweis zur Last fallen, daß er vor der Einwilligung des Gläubigers die Bürgschaft zurückgenommen, oder daß der Gläubiger gar nicht eingewilligt habe. Niemals jedoch kann die einseitig von dem Bürgen ausgestellte Bürgschaftsakte die Wirkung eines vollendeten Vertrages äußern, so lange es an der Zustimmung des Gläubigers mangelt. Mag man die Bürgschaft aus dem Gesichtspunkte einer Römischen Fidejussion, oder eines qualificirten Mandats ansehen, oder mag man sie einem constitutum debiti alieni vergleichen: jedenfalls bleibt sie eine Uebereinkunft zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger. Daher ist auch der Gläubiger, so lange er nicht zugestimmt hat, an die Bürgschaftsakte nicht gebunden.

Daß der Bürge einseitig einen Bürgschein ausstellt, hat offenbar darin seine Veranlassung, daß der Gläubiger kein Gegenversprechen ertheilt. Aber auch z. B. die Schenkung legt wesentlich blos dem Schenker, das Darlehn blos dem Anleiher eine Verbindlichkeit auf, und gleichwohl ist die Zustimmung des Beschenkten, oder des Darleihers, nothwendig, eben weil zur Schenkung und zum Darlehn ein Vertrag, eine Uebereinkunft, erforderlich ist. Kurz, man darf nicht wähnen, daß die s. g. contractus unilaterales, bei denen nur auf der einen Seite eine Leistung vorkommt, und die eben deshalb häufig nur von Seiten des Verpflichteten

beurkundet werden, der Einwilligung des Berechtigten nicht bedürften.

Ob übrigens der Bürge gerichtlich, oder außergerichtlich, seinen Willen erklärt hat, macht in Ansehung seiner Verpflichtung keinen Unterschied; denn die gerichtliche Form deckt nicht den Mangel der gläuberischen Einwilligung, weder zum Besten, noch zum Nachtheil des Gläubigers.

48.

Nach geschiedener Ehe ist die Bürgschaft wegen der Dos zulässig.

Bei Gelegenheit einer Ehescheidung, welche man durch landesherrliches Reskript zu erreichen Willens war, trat die Verabredung ein, daß das Eingebrachte auf 3000 Rthlr. bestimmt seyn und ohne Neuerung auf halbjährige Kündigung bei dem Ehemanne verzinslich stehen bleiben solle. Als nach der landesherrlich genehmigten Ehescheidung die Frau das Kapital gekündigt und bis zur Exekution ausgeklagt hatte, stellte der gewesene Ehemann einen Bürgen wegen der ausgeklagten 3000 Rthlr. nebst einjährigen Zinsen. Der Bürge selbst ließ sich wieder einen Rückbürgen geben. Nachdem der Bürge die Gläubigerinn befriedigt hatte, belangte er wegen seiner Schadloshaltung den Rückbürgen. Dieser berief sich unter andern darauf, daß die Bürgschaft, mithin auch die Rückbürgschaft, zur Sicherstellung einer Dotalforderung geschehen und daher nichtig sei, in Gemäßheit der const. 1. u. 2. C. 5, 20. ne fidejussores dotium dentur, welche also lauten:

const. 1. (Gratian, Valentinian und Theodosius):
Sive ex jure, sive ex consuetudine lex proficiscitur, ut vir uxori fidejussorem servandae dotis exhibeat: tamen eam jubemus aboleri.

const. 2. (Justinian):
Generali definitione constitutionem pristinam ampliantes, sancimus nullam esse satisdationem, vel mandatum pro dote exigendum vel a marito, vel a patre ejus, vel ab omnibus, qui dotem suscipiunt. Si enim credendam mulier sese suamque dotem patri mariti existimavit: quare fidejussor, vel alius intercessor exigitur, ut causa perfidiae in connubio eorum generetur?

Aus mehrern Gründen blieb die Anwendbarkeit dieser Verordnungen auf jenen Fall unstatthaft.

Die erste Verordnung scheint lediglich eine gesetzliche Verbindlichkeit des Mannes, wegen der Dos einen Bürgen zu stellen, abgeschafft zu haben. Wenn aber die zweite Verordnung eine Ausdehnung zu verfügen ankündigt und den Vater des Mannes und jeden Andern, der die Dos empfängt, für frei von der Bürgschaftsbestellung erklärt: so könnte man zwar geneigt seyn, anzunehmen, daß Justinian auch das Versprechen, einen Bürgen zu stellen, im Sinne gehabt habe, weil etwa nach dem Erscheinen der ersten Verordnung es üblich geworden, die Sicherheit der Dos von dem Vater des Mannes oder einem Andern, statt von dem Ehemanne selbst, beschaffen zu lassen. Doch betrifft das Verbot, wenn man es auf die Verabredung einer Bürgschaft ausdehnen will, gewiß nur den Fall, da die Dos dem Ehemanne, oder dessen Vater, oder einem Dritten, erst noch versprochen und ausgehändigt werden soll. Denn wenn das Versprechen der Dotirung ohne Ausbedingung einer Bürgschaft bereits Statt gefunden hatte: aus welchem Rechtsgrunde hätte der Besteller der Dos noch eine Bürgschaft begehren dürfen, nachdem jede gesetzliche Verbindlichkeit der Stel-

lung eines Bürgen abgeschafft war? Eine Beschränkung der Freiheit der Verträge gestattet keine ausdehnende Erklärung, und in den Worten jener Verordnungen liegt keineswegs das Verbot, wegen einer bereits bestellten Dos sich Bürgschaft geben zu lassen, wenn der Ehemann sich dazu versteht. Eben so wenig kann der anscheinliche Grund des Gesetzes, ne causa perfidiae in connubio eorum generetur [1]), zu einer Ausdehnung auf diejenige Bürgschaft, die wegen einer unbedingt gegebenen Dos hinterher freiwillig bestellt wird, berechtigen. Ein hinzugefügter Grund dient zwar zur Erklärung des Gesetzes und kann die Anwendung desselben in solchen Fällen, die mit dem Grunde nicht im Einklange stehen, hindern; allein der ausgesprochene Grund bleibt stets nur eine Art der Rechtfertigung der gesetzlichen Bestimmung, verhält sich aber keineswegs als ein Gesetz selbst. Ueberdies leuchtet es ein, daß nicht ein gleicher Grund vorhanden ist, in beiden Fällen die Bürgschaft zu verwerfen, nämlich gleich bei Bestellung der Dos die Ausbedingung einer Bürgschaft, und dann nach Bestellung der Dos die freiwillige Stellung eines Bürgen [2]).

---

1) Schmid de fidejussore plane non obligato §. 77. erklärt den Sinn dieser Stelle ganz unzulässig aus den Worten der Justinianischen c. ult. in fine C. 6, 2. de furtis: *ne ex hujusmodi occasione inter maritum et uxorem, qui non bene secum vivunt, aliqua machinatio oriatur* et forsitan marito volente uxor ejus extrahatur et furti patiatur poenalem condemnationem. Wenn nämlich der Mann ein Kommodat unter Händen hat, die Frau aber es veruntreuet: so soll der Kommodant, wenn der Kommodatar zahlfähig ist, nicht die Frau actione furti, sondern den Kommodatar actione commodati belangen, *ne ex* ꝛc. wie es in der citirten Stelle heißt. Wie verschieden ist dieser Fall von dem unsrigen, selbst in der ratio legis!

2) Duarenus de soluto matrimonio c. 4. will überhaupt jeden, einmal gestellten Bürgen, verhaftet wissen, und beschränkt beide

Sodann ist es klar, daß das Verbot sich auf die Zeit vor und in der Ehe beschränkt. Die Bürgschaft sollte, nach Justinian's Absicht, während der Ehe zu keiner perfidia (ob man hierunter Treubruch, bösliche Umtriebe, oder nur Mistrauen verstehen will, ist gleichviel,) Anlaß geben. Wenn aber, wie in unserm Falle, nach aufgelöster Ehe die Bürgschaft bestellt wird: so bleibt der Grund des Verbotes unanwendbar. Geschiedene Eheleute brauchen nicht mehr die Rücksichten zu nehmen, welche während der Ehe den Gatten gegenseitig auferlegt sind. So führt auch Paulus bei Erörterung der höchst persönlichen Einreden, das Beispiel an, daß der Bürge, welcher nach aufgelöster Ehe für den Mann gestellt sei, wegen der Dos auf's Ganze verurtheilt werde, mithin die dem Manne zustehende Kompetenz nicht genieſſe [3]). Daß man dieses Beispiel für ein übel gewähltes zu halten habe, würde sich durchaus nicht vertheidigen lassen, da dasselbe nicht im Widerspruche, vielmehr in der Uebereinstimmung mit jenen Konstitutionen, sich befindet.

Endlich war die Forderung wegen der Dos längst schon in eine Forderung aus der richterlichen Verurtheilung übergegangen. Es wurde nicht sowohl die Dos, als vielmehr dasjenige, was der geschiedenen Ehefrau rechtskräftig war zuerkannt worden, ein Gegenstand der Verbürgung und Rückbürgung.

Die Ausflucht der Nichtigkeit der Bürgschaft wurde daher von der Kieler Fakultät, in S. der Segnitzschen Erben w. Hartmann und die Kühmschen Gläubiger, im Jan. 1820 verworfen, in Uebereinstimmung mit frühern Erkenntnissen der Helmstädter Fakultät und des Oberappellationsgerichts in Parchim.

Verordnungen blos auf einen Erlaß der Verbindlichkeit, einen Bürgen zu stellen.

[3]) 7. pr. D. 44, 1. de exceptionibus: . . . . sic *mariti fidejussor, post* solutum matrimonium datus, in solidum *dotis* nomine condemnatur.

49.

Ein präkludirter Gläubiger, insbesondere ein hypothekarischer, kann den Bürgen nicht ansprechen, sollte auch der Vorausklage entsagt seyn.

§. 1.

Daß der Bürge befreiet werde, wenn zu dessen Nachtheil der Gläubiger sich in dem Konkurse des Schuldners mit seiner Forderung hat präkludiren lassen, behauptet unter Andern Schmid, der Hauptschriftsteller über die Fälle, in denen eine Befreiung des Bürgen eintritt [1]), desgleichen Weber, bei der Gelegenheit, da er die Verpflichtung eines Bürgen in Ansehung einer natürlichen Verbindlichkeit erörtert [2]). Diese Behauptung nahm unsre Fakultät im J. 1820 für richtig an.

Ob der Gläubiger nämlich verbunden sei, die Vorausklage des Schuldners auch nach ausgebrochenem Konkurse zu versuchen, oder ob er in einem solchen Falle sich gleich an den Bürgen halten dürfe, von dieser Streitfrage hängt die obige Meinung nicht ab. Längst vor Einführung der Vorausklage des Schuldners, bestand schon die Befugniß des Bürgen, von dem Gläubiger die Abtretung seiner Klagen zu begehren. Gerade um diese Cession möglich zu machen, liegt es dem Gläubiger ob, im Konkurse sich zu melden, statt sich präkludiren zu lassen, dafern er noch den Bürgen anzusprechen Willens ist. Der Gläubiger ist dem Bürgen wegen einer Vernachlässigung verantwortlich.

---

1) J. L. Schmid, de fidejussore plane non oblig. §. 20. 224.

2) Von der natürl. Verbindlichkeit §. 115. Vgl. auch die das. angef. Schriftst.

Dieses folgt aus dem unter ihnen bestehenden Vertrage, betrachte man die Bürgschaft als ein Mandat, oder als ein prätorisches Constitutum debiti alieni, oder auch als eine fidejussio; denn die leztere verliert heutiges Tages die Natur eines stricti juris negotii und nimmt dagegen ebenfalls die auf der Billigkeit beruhenden Grundsätze an. Insbesondere wird bei der Verklagung des Bürgen rechtlich vorausgesetzt, daß der Gläubiger nicht durch eigenes Verschulden seine Klage gegen den Schuldner verloren hat und nicht gerade wegen solchen Verschuldens gehindert ist, dem in Anspruch genommenen Bürgen die Klage gegen den Hauptschuldner abzutreten. Ausdrücklich sagt Papinian: Si creditor a debitore *culpa sua* causa ceciderit: prope est, ut actione mandati nihil a mandatore consequi debeat, *cum ipsius vitio acciderit, ne mandatori possit actionibus cedere* [3]).

Sieht man übrigens die Präklusion des Gläubigers blos aus dem Gesichtspunkte einer Vernachlässigung an: so wird es freilich, damit der Bürge daraus eine Einrede hernehmen könne, zugleich erforderlich seyn, daß dem Bürgen jene Vernachlässigung zum Nachtheil gereicht habe; ein Umstand, dessen Beweis Weber dem Bürgen auflegen will, wogegen Schmid von dem Gläubiger den Beweis verlangt, daß seine Anmeldung im Konkurse ohne Erfolg würde geblieben seyn. Aus dem bisherigen Gesichtspunkte die Sache betrachtet, verdient Weber's Meinung offenbar den Vorzug.

§. 2.

Aber noch eine zweite Ansicht gestattet unser Fall. Nicht länger, als der Hauptschuldner, haftet bekanntlich der Bürge. Ist also die anfangs klagbare Verbindlichkeit des Schuldners, für welche der Bürge eingetreten war, hinterher unklagbar geworden, ist sie in eine blos natürliche verwandelt:

---

[3]) 95. §. 11. D. 46, 3. de solutionibus.

so kann selbige auch auf Seiten des Bürgen nunmehr blos eine natürliche seyn. In Ansehung einer verjährten Forderung behauptet dieses als zweifellos Weber [4]) mit mehreren Andern. Aus gleichem Grunde muß dieses aber auch wegen einer präkludirten Forderung Statt finden; denn die Präklusion entzieht ebenfalls die Klagbarkeit. Jedoch tritt bei einer im Konkurse erkannten Präklusion eine Bedenklichkeit ein, weil dieselbe, der jezt gangbaren Meinung [5]) und dem ihr entsprechenden Gerichtsgebrauche zufolge, nur die Ansprüche an die dermalige Konkursmasse aufhebt, nicht aber die Klage gegen den Schuldner, wenn er demnächst wieder zu Vermögen gelangen sollte. Deshalb würde die Frage, ob durch Präklusion von der Konkursmasse der Gläubiger seinen Anspruch an den Bürgen verliere, wieder von dem im vorigen §. hervorgehobenen Umstande abhängen, ob der Gläubiger durch seine Vernachlässigung dem Bürgen einen Nachtheil zugefügt habe.

Indessen mag nicht in allen Ländern die Präklusion sich auf die Konkursmasse beschränken; namentlich nicht in Schleswig und Holstein, wo das Proklam freilich eine Folge des Unvermögens des Gemeinschuldners ist, aber sich doch keineswegs auf die Vorladung derjenigen, die gerade an die Konkursmasse Ansprüche zu machen gedenken, beschränkt, vielmehr ohne Unterschied alle Gläubiger betrifft, weil es ad indagandum statum bonorum erlassen wird. Auch giebt es Präklusionen ohne Bezug auf einen Konkurs. In solchen Fällen büßt der Gläubiger durch die Präklusion der Klage wider den Schuldner, ebenfalls die Klage wider den Bürgen ein, ohne Rücksicht auf einen dem Bürgen zugefügten Nachtheil, vielmehr schon deshalb, weil der Bürge nicht mehr verhaftet bleibt, sobald dem Schuldner ein Erlöschungsgrund entstanden ist.

---

4) Von der natürl. Verbindl. §. 115. Vgl. die in der Note 6. das. angef. Schriftst.

5) Schweppe, System des Konkurses der Gläub. §. 116.

§. 3.

In gar vielen Fällen, wo nicht in den meisten, wird noch ein dritter näherer Standpunkt zu nehmen seyn, um den Bürgen als befreiet anzusehen, nachdem der Gläubiger seine Klage wider den Schuldner durch Präklusion verloren hat. Meistens wird mit der Forderung ein Pfandrecht verknüpft seyn, dessen Cession der Bürge mit Recht begehrt, bevor er Zahlung leistet [6]). Könnte der Gläubiger sein Pfandrecht nur durch die hypothekarische Klage geltend machen und wäre er nunmehr wegen unterbliebener Anmeldung von dem Konkurse ausgeschlossen: so würde durch sein Versehen das Pfandrecht wirkungslos geworden seyn, wenigstens so weit es die dermalige Konkursmasse betrifft. Daher würde er sich seines eigenen Verschuldens halber außer Stande befinden, die Pfandklage dem Bürgen zu cediren, und eben deshalb wäre der Bürge, der obigen Ausführung (§. 1) gemäß, mit einer gegründeten Einrede gedeckt. Hierfür giebt die c. 18. C. 8, 40. de fidejuss. zum Ueberfluß ein treffendes Argument ab: Si, ut proponis, fundum ob debitum obligatum *non justo pretio vendidisti:* residuam quantitatem, *quam ex pretio ejusdem servare potuisses*, refundi tibi a fidejussore non jure poscis. Kann sich also der Gläubiger, wenn er das Pfand unter dem wahren Werthe verkauft hat, an dem Bürgen wegen des Fehlenden nicht erholen, insoweit er dieses durch das Pfand selbst zu decken im Stande gewesen wäre: so darf man um so mehr annehmen, daß einem Gläubiger, welcher durch eigenes Verschulden sein ganzes Pfandrecht eingebüßt, keine Klage gegen den Bürgen zusteht. Ja, der gute Glaube, oder, wenn man lieber will, die Billigkeit, erheischt dieses gebieterisch. Wer eine Bürgschaft übernimmt, bringt er nicht diejenige Sicherheit, welche dem Gläubiger sonst noch zu Gebote steht, und

---

[6]) 2. 21. C. 8, 40. de fidej. et mandat.

die im äußersten Fall auf den Bürgen übertragbar ist, vorzüglich mit in Anschlag? Und warum verdiente ein Gläubiger in seinem Verhältnisse zum Bürgen eine Nachsicht, wenn derselbe dasjenige Mittel, wodurch der Bürge sich hätte erholen können und welches er selbigem gegen Zahlung der Schuld zu überweisen verpflichtet ist, nachlässiger oder gar vorsätzlicher Weise untergehen läßt?

Mit allem Fug gestattet man folglich dem Bürgen den Beweis der Einrede, daß der Forderung des Gläubigers, hätte er sich im Konkurse gemeldet, vermöge des Pfandrechts ein solcher Platz gebührt hätte, daß dieselbe würde gerettet worden seyn. Unsre Fakultät erkannte auf den Beweis der Sufficienz der Masse, wenn die Forderung den und den Platz im Erstigkeitsurtheile würde erhalten haben. In unserm Falle war nämlich Alter und Beschaffenheit der gläuberischen Hypothek ausgemacht, desgleichen, nach Maaßgabe des Prioritätsurtheils, der Platz; nur ging nicht hervor, wie weit die Masse gereicht hatte. Dem Bürgen war von dem Schuldner eine viel schlechtere Hypothek bestellt, als der Gläubigerinn, die von dem Konkurse war ausgeschlossen worden.

§. 4.

Gesetzt aber, der Bürge hätte auf die Vorausklage des Schuldners Verzicht geleistet: würde dadurch das bisher dargestellte Verhältniß eine Aenderung leiden? Gewiß nicht. Durch die Entsagung auf die Vorausklage wird der Gläubiger zwar der gesetzlichen Verpflichtung enthoben, zunächst den Schuldner auszuklagen und von dem Erfolge einer solchen Klage die Besprechung des Bürgen abhängen zu lassen. Allein er bleibt immer zur Abtretung der Klagen verbunden, falls er von dem Bürgen Zahlung begehrt. Nun ist es zwar richtig, daß die Bürgschaft wegen einer blos natürlichen Verbindlichkeit kann übernommen werden; daß es also Fälle einer Bürgschaft geben kann, in welchen die Cession einer Klage wider den Schuld-

ner unmöglich ist; allein es wird doch in unserm Rechte, wie ich oben gezeigt, ganz abgesehen von einer Vorausklage, die gesetzlich erst durch Justinian lange nach dem Bestande des s. g. beneficii cedendarum actionum eingeführt worden, stets vorausgesetzt, daß die Cession der Klagen nicht gerade wegen eines Verschuldens des Gläubigers vereitelt worden sei. Eben zu dem Ende, um von einem solchen Verschulden sich frei zu erhalten und dem Bürgen ungeschmälerte Rechte cediren zu können, ist der Gläubiger zur Anmeldung so oft verbunden, als durch Unterlassung derselben eine Gefährdung der Rechte wider den Schuldner würde herbeigeführt werden. Diese Anmeldung im Konkurse verhält sich indessen nicht anders als eine sichernde Maaßregel. Der Gläubiger, wenn die Vorausklage des Schuldners ihm erlassen ist, braucht den Ausgang des Konkurses nicht abzuwarten; er kann sofort den Bürgen belangen, und sich zur Cession der Klagen erbieten. Ist der Bürge dann säumig in der Zahlung: so ist es seine Schuld, wenn die durch die Zahlung bedingte Cession nicht zeitig Statt findet, und er nunmehr wegen Mangel der Cession die zur Sicherheit angemeldeten Ansprüche im Konkurse nicht verfolgen kann. Den Gläubiger selbst, nachdem der Bürge von der angebotenen Cession Gebrauch zu machen säumt, zur weitern Verfolgung im Konkurse für verbunden zu achten, dazu ist kein Grund vorhanden.

Eben so einleuchtend ist es, daß die Anmeldung des Gläubigers im Konkurse, des Verzichtes auf die Wohlthat der Ordnung ungeachtet, insofern nothwendig wird, als sonst eine Präklusion des gläuberischen Rechtes und somit eine Befreiung des Schuldners eintreten würde. Der Bürge bleibt, auch wenn er sich der Wohlthat der Ordnung begiebt, immer nur accessorisch verhaftet. In so weit der Hauptschuldner eine Befreiung von seiner Verbindlichkeit erlangt, kommt die Befreiung auch dem Bürgen zu Statten. Doch hierüber ist bereits oben zureichend gesprochen.

50.

Der Rückbürge darf sich auf eine Nachlässigkeit des Bürgen und des Gläubigers berufen. Beispiel einer flüchtigen Profession im Konkurse. Wer ein ungerechtes Urtheil durch sein Verschulden veranlaßt, kann sich an seinem Mandanten nicht erholen.

---

§. 1.

Statt der gegebenen Rubrik, könnte hier die warnende Anzeige obenan stehen: Dreitausend Thaler gehen lediglich durch die Flüchtigkeit der Advokaten verloren. Unter den Praktikern giebt es nicht wenige, welche gedankenlos Formeln nachbeten, die ihnen der Schlendrian vorgesprochen hat; aber gilt es, in wichtigen Angelegenheiten Kautelen anzuwenden, die die Sache treffen: so scheint es ihnen an der Einsicht, oder an der nöthigen Sorgfalt zu gebrechen.

Nachdem die geschiedene S. ihren gewesenen Ehemann wegen einer Illatenforderung von 3000 Rthlrn., für welche neben dem gesetzlichen Privilegium noch eine öffentliche Hypothek im J. 1801 in den Gütern des Mannes bestellt war, bis zur Hülfsvollstreckung ausgeklagt hatte, übernahm im J. 1803 der Hofrath K. die Bürgschaft für die Schuld; der Bruder des Schuldners leistete dem Hofrathe K. die Rückbürgschaft; und der Schuldner verschrieb sich jezt dem Bürgen sowohl als dem Rückbürgen hypothekarisch. Aber auch der Bürge zahlte nicht zur Verfallzeit und wurde deshalb von der Gläubigerinn verklagt. Vor Beendigung dieses leztern Processes, also auch vor Befriedigung der Gläubigerinn, machte der Hauptschuldner Konkurs. In dem Professions-

termine (Nov. 1804) vor der Justizkanzlei in Schwerin meldeten sich nun zwar die Gläubigerinn und der Bürge sowohl, als der Rückbürge; aber die ersteren beiden nur in folgender Maaße:

Die Gläubigerinn profitirte weiter nichts als halbjährige Zinsen, einen älteren Rückstand; desgleichen einige rückständige Proceßkosten. Doch am Tage nach dem Professionstermine wurde von dem Advokaten W. mittelst einer vom Advokaten H. als Sachführer der Gläubigerinn geschriebenen Instruktion angezeigt: daß die geschiedene S. wegen ihrer Illaten zu 3000 Rthlr. mit den darauf rückständigen Zinsen zwar eine bündige Bürgschaftsakte erhalten habe; dennoch aber um so mehr eine Anmeldung für nöthig halte, als der Hofrath K. die Rechte adquirirt habe. Eine Vollmacht hatte indessen der Advokat H. nicht beigebracht; eben so wenig der Advokat W., welcher namens des Advokaten H. diese nachträgliche Anzeige zu Protokoll gab.

Der Bürge Hofrath K. profitirte auf die Weise: Er habe sich wegen jener 3000 Rthlr. verbürgt und müsse selbige nach einer zwischen der Gläubigerinn und ihm getroffenen Uebereinkunft „gegen bedungene Cession ihrer Vorzugsrechte" nächsten Antony bezahlen. Der Gemeinschuldner habe ihm die (angelegte) hypothekarische Verschreibung gegeben, aber nicht bezahlt. Er liquidire sowohl das Kapital der 3000 Rthlr., als alle von ihm zu bezahlenden Zinsen, Schäden und Kosten, reservire sich alle jura und die deshalb gehabten und habenden Kosten.

Daß der Präklusivbescheid wider die unangemeldeten Ansprüche gleich nach Beendigung des Professionstermins in Mecklenburg pflegt erlassen zu werden, ist bekannt. Doch noch vor eröffnetem Erstigkeitsurtheile brachte der Hofrath K. die im Dec. 1805, also ein Jahr nach dem Professionstermine, von der Gläubigerinn auf ihn ausgestellte, von der Zahlung jedoch abhängig gemachte Cession, zu den Akten;

desgleichen die von dem Advokaten der Cedentinn im Sept. 1806 ausgestellte Quittung über die Zahlung des Kapitals.

§. 2.

In dem Prioritätserkenntnisse (Mai 1808) wurde klassificirt:

1) unter Nr. 32. die S—sche Ehefrau unter die hypothekarischen Gläubiger cum jure praelationis, wegen der liquidirten Zinsen. Dabei hieß es: „Indessen findet die von dem Advokaten H. namens dieser Liquidantinn ohne Einreichung einer besondern Vollmacht angebrachte Profession des inferirten Kapitals mit Zinsen nicht Statt, nachdem der Hofrath K. hierselbst bereits als Cessionarius dieser Forderung legitimiret, und nach dem ihm zustehenden Rechte sub Nro 56. hujus Sententiae lociret worden."

2) Unter Nr. 56, jure hypothecae simplicis, der Hofrath K. in Gemäßheit der ihm am 28. Dec. 1803 gegebenen hypothekarischen Verschreibung des Gemeinschuldners über 3000 Rthlr., mit Zinsen, Schäden und Kosten; unter der Bemerkung, daß „auf die ihm am 22. Decbr. 1805 cedirten Rechte (der Gläubigerinn) ratione privilegii dotis pro re nata non cessibilis keine Rücksicht genommen werden könne."

Wider dieses Erkenntniß wurde von Seiten des Bürgen die Wiedereinsetzung ergriffen, deren Rechtfertigung zu zeigen bezweckte, daß die Forderung des Bürgen wegen der öffentlichen Hypothek, die der Hauptforderung anklebe und die allerdings übertragbar auf den Cessionar gewesen, gleich vorn an unter den, mit einem öffentlichen Pfandrecht versehenen Gläubigern, einen Platz hätte haben müssen.

Allein die Göttinger Fakultät bestätigte (Jun. 1815) das Prioritätsurtheil. Diese Fakultät nahm zwar als richtig an, daß der geschiedenen S. wegen ihrer Illaten zugleich eine öffentliche Hypothek bestellt worden; allein sie führte

dagegen an, daß der Bürge diese Hypothek wegen der ihm entgegen stehenden Präklusion nicht in Anspruch nehmen könne. Denn die Ehefrau des Gemeinschuldners habe von ihren Illaten (d. h. dem Kapital der 3000 Rthlr.) im Liquidationstermine nichts erwähnt; sie selbst sei also, möge sie damals schon von dem Hofrathe K. ihre Befriedigung erhalten haben, oder nicht, präkludirt worden. Sie habe daher auch durch die am 22. Dec. 1805 geschehene Cession nur eine bereits präkludirte Forderung übertragen können. Sogar der Umstand, daß etwa erst nach der Cession die Präklusion erkannt worden, würde nichts erheben. Denn die Präklusion habe auf den Cessionar in eben den Maaße wirken müssen, wie wenn die Forderung noch in den Händen der Cedentinn gewesen wäre. Endlich sei gar nicht zu läugnen, daß auch künftige Forderungen könnten liquidirt werden und daß also der Hofrath K. sich gegen den Nachtheil, womit er durch die unterlassene Anmeldung abseiten der Ehefrau S. bedrohet gewesen, durch die Anmeldung seiner, aus der bedungenen Cession entstehenden Forderung, hätte schützen können; allein das sei nicht geschehen, maaßen der Hofrath K. nur die aus des Schuldners hypothekarischer Verschreibung vom 28. Dec. 1803 zustehende Forderung liquidirt habe, und aus der bloßen Erwähnung der, von der Ehefrau sich ausbedungenen Cession, eine zu Recht beständige Anmeldung der ihm hieraus dereinst zukommenden Ansprüche nicht könne hergeleitet werden.

Dieses Urtheil ging in Rechtskraft über.

§. 3.

Indessen hatte der Bürge bereits im Febr. 1805, also vor völliger Befriedigung der Gläubigerinn und vor dem Erkenntnisse über die Priorität, den Rückbürgen auf Bezahlung des verbürgten Kapitals nebst Zinsen und Kosten verklagt; das darauf jedoch von Helmstädt eingeholte Urtheil, die in Frage befangene Rückbürgschaft als eine Bürg-

schaft wegen des Schadens betrachtend, der nach der Lage des Konkurses noch zweifelhaft sei, hatte rechtskräftig erkannt: daß die Klage noch zur Zeit nicht Statt finde.

Als es nun aber gewiß geworden war, daß der Bürge in dem Konkurse des Hauptschuldners nicht zur Hebung gelangen konnte, wurde im Febr. 1816 eine neue Klage wider die Erben des Rückbürgen angestellt. Dagegen schützte man unter andern Einreden auch die vor: daß der Bürge, Hofrath K., wenn er in dem Konkurse des Hauptschuldners nicht zur Hebung gekommen, es seinem eigenen Verschulden beizumessen hätte, weil die geschiedene S. so wenig, als der Hofrath K., die Illatenforderung der 3000 Rthlr. im Liquidationstermine angemeldet habe und um deswillen eine Präklusion eingetreten sei. Die auf den Fall der Zahlung ausgestellte Cession vom 22. Dec. 1805 datire sich von einer Zeit, wo längst die Präklusion erkannt worden.

Ueber das Gewicht dieser Einrede hatte unsere Fakultät im J. 1820 zu entscheiden.

So viel stand fest, daß das Helmstädter Urtheil in seinen Gründen die Rückbürgschaft lediglich für eine s. g. fidejussio indemnitatis erklärt, und die Verbindlichkeit des Rückbürgen zum Schadensersatze von der gehörigen Anmeldung des Bürgen im Konkurse des Schuldners abhängig gemacht, folglich bis dahin, daß sich ergeben würde, ob und wie viel der Bürge aus dem Konkurse zu retten vermögte, die Klage wider den Rückbürgen abgewiesen hatte. Auch hatte der Bürge sowohl vor dem Helmstädter Urtheile den Versuch gemacht aus dem Konkurse Befriedigung zu erhalten, als nachher diesen Versuch fortgesetzt.

Dagegen ergiebt eine Vergleichung der Entscheidungsgründe des Prioritätsurtheils und der dasselbe bestätigenden Göttinger Sentenz, wie abweichend beide die Sache angesehen haben, obwohl beide zu demselben Resultate führten. Während nämlich das Prioritätsurtheil nur beiläufig bemerkt, daß der Advokat H. namens der ge-

schiedenen Ehefrau ohne Einreichung einer besondern Vollmacht das Kapital profitirt habe, dagegen alles Gewicht darauf zu legen scheint, daß von der Gläubigerinn bereits die Cession geschehen, ihr folglich deshalb kein Platz anzuweisen sei, dem Bürgen aber aus der Cession kein besserer Platz gebühre, weil das Privilegium des Brautschatzes nicht übertragbar sei; so erkennen die Göttinger Fakultisten dagegen das Daseyn einer öffentlichen Hypothek an, welche unabhängig von dem Privilegium der Illaten für das Kapital bestellt worden, halten jedoch dieses Kapital für nicht liquidirt von der Gläubigerinn, mithin für präkludirt, und betrachten ebenmäßig die Anmeldung der bedungenen Cession dieses Kapitals als nicht rechtsbeständig von dem Bürgen geschehen.

Wenn jezt aber die Frage entstand, ob der Bürge durch eigenes Verschulden das fragliche Kapital im Konkurse des Schuldners verloren habe? so mußten diejenigen Gründe, welche in lezter Instanz als die rechten anerkannt worden, um dem Bürgen einen bessern Platz zu versagen, den Ausschlag geben, eben weil nur aus diesen Gründen das endliche Schicksal der Sache hervorgegangen ist.

§. 4.

Indem die Gründe des Göttinger Urtheils es unzweifelhaft lassen, daß das fragliche Kapital der Hauptschuld für präkludirt erachtet worden, weil weder die Gläubigerinn noch der Bürge dasselbe gehörig angemeldet hatte, von der Präklusion der Hauptforderung aber der Bürge, oder, was gleichviel ist, der Rückbürge, einen rechtlichen Einwand wider die Schadloshaltung hernehmen darf [1]): so war die von Seiten des Rückbürgen vorgebrachte Einrede, daß der Bürge durch eigenes Verschulden das Kapital im Konkurse verloren, aller-

---

[1]) Vgl. die Abhandlung Nr. 49.

dings gegründet, vorausgesetzt daß im Fall einer gehörigen Anmeldung der dem Kapital gebührende Platz so gut gewesen wäre, daß die Zulänglichkeit der Masse bis dahin gereicht hätte, was freilich von Seiten des Rückbürgen behauptet wurde. Indessen mußte ein näheres Eingehen in die Sache die Ueberzeugung von der eigenen Nachlässigkeit des Bürgen noch verstärken.

Die Gläubigerinn selbst hatte darin gefehlt, daß sie sich darüber nicht ausgewiesen, ob die namens ihrer geschehene Anmeldung des Kapitals wirklich mit ihrer Einwilligung Statt gefunden habe. Gesetzt der Advokat H. hätte in dieser Hinsicht ohne Vollmacht gehandelt: so wäre es doch unbedenklich gewesen, eine Ratihabition eintreten zu lassen. Allein die Akten ergaben keine solche Ratihabition, und nachdem das Prioritätsurtheil rechtskräftig geworden war, hätte sie überhaupt nicht mehr erfolgen können. Wenn es nun gleich dem Bürgen Hofrath K., da er vor Feststellung der Priorität die Gläubigerinn befriedigt hat, noch zweifelhaft scheinen konnte, ob die Art und Weise, in welcher für die Gläubigerinn die Anmeldung geschehen war, für zureichend würde erkannt werden: so hätte er doch entweder bei der Zahlung sich von der Gläubigerinn, welcher die Verbindlichkeit der Cession ihrer Rechte und die Gewähr im Fall der Präklusion oblag [2]), eine Versicherung wegen gehörig geschehener Anmeldung müssen ertheilen lassen, um sie im Nothfall wieder in Anspruch nehmen zu können, oder er hätte doch nach Eröffnung des Urtheils, wodurch die Präklusion auf die Rechte der Gläubigerinn angewandt wurde, sie zur Vertretung und Schadloshaltung auffordern müssen. Ja, die Nachlässigkeit in Beibringung einer Vollmacht für den Advokaten H. erscheint um so unverzeihlicher, als der desfallsige Mangel im Prioritätsurtheile bezeichnet und ohne erhebliches Bedenken in der Instanz der Wiedereinsetzung

---

[2]) Vgl. die Abhandlung Nr. 49.

noch zu heben, also, statt eines bestätigenden, ein abänderndes Urtheil von Göttingen zu erwarten war. Dabei darf man es nicht übersehen, daß der Bürge dem Stande der praktischen Rechtsgelehrten angehörte, daß also um so viel größere Sorgfalt ihm zugemutet werden durfte, so oft sein Verhältniß zum Rückbürgen in Frage stand.

§. 5.

Aber ebenfalls die Art und Weise, wie der Hofrath K. als Bürge seine Ansprüche selbst angemeldet, zeugt von einer großen Fahrlässigkeit. Er profitirte zunächst nur aus dem von dem Gemeinschuldner ihm ausgestellten hypothekarischen Privatscheine; hingegen blos erzählend und beiläufig erwähnte er, daß er das Kapital an die Gläubigerinn „gegen bedungenen Cession ihrer Vorzugsrechte" zahlen müsse, da er doch, nicht unbekannt mit dem weit vorzüglicheren Pfandrechte der Gläubigerinn, gerade auf dieses Recht als ein künftig ihm zustehendes sich zunächst hätte fußen sollen. Seine flüchtige und sorglose Liquidation wurde, in Bezug auf die zu cedirenden und hinterher wirklich cedirten Rechte der Gläubigerinn, für eine nicht zu Recht beständige Anmeldung erkannt. Daß dieses Erkenntniß des Göttinger Spruchkollegiums dem strengen Rechte angemessen war, dürfte sich mit Grunde nicht bezweifeln lassen, wenn man erwägt, daß das Profitiren in einem Konkursprocesse sich als eine Klage verhält, wenn nämlich das Profitirte nicht schon früherhin ausgeklagt worden und es daher blos einer Anmeldung im eigentlichen Sinne bedarf. Es versteht sich von selbst, daß ein Liquidant eben so wohl, als ein gewöhnlicher Kläger, seinen Antrag gehörig zu begründen hat, und daß demnächst bei Abgebung des Urtheils nur auf dasjenige zu sehen ist, was seinem Antrage wirklich als Fundament untergelegt worden. Und wenn nun gleich der Liquidant K. in Bezug auf die Cession der Gläubigerinn blos künftige Rechte wahrzunehmen hatte: so konnte er doch, da er sofort im Pro-

fessionstermine diese eventuellen Rechte wahrnehmen mußte, die Nothwendigkeit nicht umgehen, eventuell zugleich seine etwa demnächst entstehenden Rechte gehörig an- und auszuführen. Da aber der Hofrath K. hierin gefehlt und die Präklusion veranlaßt hat: so ist das Göttingische Urtheil völlig gerecht, und er darf mit einer Ansprache des Rückbürgen schon darum kein Gehör finden, weil er durch eigenes Verschulden die Befriedigung aus der Masse des Schuldners verfehlt hat [3]).

§. 6.

Doch gesetzt einmal, man wollte so weit gehen, um anzunehmen, die bloßen Worte: „gegen bedungene Cession ihrer Vorzugsrechte," hätten nothdürftiger Weise vielleicht ausgereicht, um als Fundament des Antrages des Bürgen mit betrachtet zu werden, und es wäre daher wohl anders, als die Göttinger Fakultisten gethan, zu urtheilen gewesen: so läßt sich doch nicht verkennen, daß in der Nachlässigkeit, welche dem Hofrathe K. im Punkte der Anmeldung zur Last fällt, die Veranlassung des Göttingischen Urtheils zu suchen ist. Aus diesem Gesichtspunkte müßte jedenfalls die Entschädigungsklage des Bürgen wider den Rückbürgen hinfällig werden. Paulus giebt hierfür einen treffenden Beleg: Exceptione, quae tibi prodesse debebat, usus, injuria judicis damnatus es; nihil tibi praestabitur jure mandati, quia injuriam, quae tibi facta est, penes te manere, quam ad alium transferri, aequius est; *scilicet si culpa tua injustae damnationis causam praebuisti* [4]). Nach dieser Stelle bleibt so viel ausgemacht, daß sich der

---

[3]) 95. §. 11. D. 46, 3. de solutionibus: Si creditor a debitore *culpa sua* causa ceciderit, prope est, *ut actione mandati nihil a mandatore consequi debeat*, cum ipsius vitio acciderit, ne mandatori possit actionibus cedere.

[4]) 67. D. 46, 1. de fidejuss. et mand.

Bürge nicht an dem Hauptschuldner zu erholen befugt ist, wenn er durch eigenes Verschulden zu seiner ungerechten Verurtheilung Anlaß gegeben hat. Daß hier von einem Anspruche des Bürgen an den Rückbürgen die Rede ist, wird eben so wenig eine Verschiedenheit begründen, als daß in unserm Falle die Nachlässigkeit des Bürgen eine Abweisung desselben mit einem gewissen Vorzugsrechte an des Hauptschuldners Masse, und nicht gerade eine Verurtheilung des Bürgen, veranlaßt hat. Denn Paulus argumentirt aus der Natur des Mandats (nihil tibi praestabitur *jure mandati*); der Bürge aber steht hier zum Rückbürgen gleichfalls in dem Verhältnisse eines Mandatars, gleich wie denn auch der Rückbürge zum Bürgen in der Lage eines Mandators oder Schuldners sich befindet. Und da Paulus seine Entscheidung noch näher aus einem, auf das Mandat anwendbaren Principe der Billigkeit ableitet, vermöge dessen der Mandatar lieber selbst das ihm widerfahrne Unrecht ertragen, als auf den Mandator dasselbe zurückschieben müsse (quia injuriam, quae tibi facta est, penes te manere, quam ad alium transferri, aequius est): so wäre wahrlich nicht zu begreifen, warum in der Anwendung eines solchen Princips es einen Unterschied machte, ob der Bürge wäre ungerecht verurtheilt, oder aber ungerecht abgewiesen worden.

§. 7.

Vielleicht mögte sich jemanden der Einwand aufdringen, der Rückbürge hätte sich die Rechte der geschiedenen S. mittelst Zahlung erwerben und demnächst in dem Konkurse des Hauptschuldners wahrnehmen müssen. Daß diesen Weg der Rückbürge hätte einschlagen können, ist wohl nicht zweifelhaft. Aber hätte er selbigen einschlagen müssen, wenn er ganz sicher gehen wollte? Keinesweges! Das Helmstädter Urtheil hatte es unter dem Bürgen und dem Rückbürgen rechtskräftig festgestellt, daß der Rückbürge nur subsidiarisch

zu haften brauche, auf den Fall nämlich, wenn der Bürge seine Rechte im Konkurse des Schuldners gehörig wahrgenommen und dennoch von da keine Befriedigung zu erwarten hätte. Sodann, ganz abgesehen von der Nothwendigkeit einer Vorausklage des Hauptschuldners, darf der Rückbürge auf Seiten des Bürgen denjenigen Fleiß voraussetzen, welcher den Rechten gemäß, wie oben ausgeführt, einem Bürgen obliegt, und welcher, wäre er angewandt worden, dem fraglichen Kapitale einen vorzüglichern Platz gesichert hätte, statt daß nunmehr durch das Verschulden der Gläubigerinn und des Bürgen die bessere Hypothek durch Präklusion beseitigt ist. Daß insbesondere die Präklusion der Hauptforderung nicht allein, sondern auch einer damit verbundenen hypothekarischen Klage, dem Bürgen gegen den Gläubiger, oder dem Rückbürgen gegen den Bürgen, schon mit Rücksicht auf das Recht der Cession der Klagen zu Statten komme, ist bereits anderwärts dargethan.

§. 8.

Demnach hielt unsre Fakultät (im Jan. 1820) die Einrede des Rückbürgen für an sich begründet, und legte blos den Beweis auf, daß die Masse zugereicht hätte, das fragliche Kapital zu decken, wenn dasselbe mit der demselben anklebenden öffentlichen Hypothek wäre klassificirt worden; ein Umstand, der in seiner Behauptung zwar fast ausgemacht richtig schien, dessen Wahrheit jedoch nicht ganz aktenmässig da stand.

Wie aber auch das Schicksal des Processes nunmehr ausfallen mogte, ob der Bürge das leere Nachsehen haben würde, oder ob der Rückbürge als der besiegte Theil von diesem Rechtsstreite abtreten sollte: immer blieb es eine traurige Wahrheit, daß die streitige Summe der 3000 Rthlr. lediglich durch eine unverzeihliche Nachlässigkeit theils der Rechtsbeistände, theils der rechtskundigen Partei, war gefährdet worden, sowohl gleich bei der Anmeldung, als spä-

terhin bei Verfolgung eines Rechtsmittels wider das Prioritätserkenntniß. Für die Kautelar-Jurisprudenz enthält unser Fall gewiß einen noch erheblichern Beitrag, wie für die Aufklärung des bestehenden Rechtes.

51.

Ueber den Unterschied zwischen dem Privattestamente und dem Testamente vor Gericht und vor dem Landesherrn.

§. 1.

Das feierliche Testament vor sieben Zeugen wird in den gangbaren Lehrbüchern als ein Privattestament bezeichnet, das vor der Obrigkeit errichtete, so wie das dem Landesherrn überreichte hingegen als ein öffentliches Testament. Dieses scheint in der Theorie unrichtig zu seyn und selbst zu Irrthümern in der Praxis Anlaß zu geben. Wie gestaltet sich geschichtlich der Unterschied zwischen jenen Arten des lezten Willens? [1]).

In den ältesten Zeiten wurden bei den Römern die Testamente in Volksversammlungen, calatis comitiis, errichtet, welche zu diesem Zweck, wie Gajus sagt, zweimal des Jahres gehalten wurden. Wer in's Feld zog, oder sich da befand, machte sein Testament vor dem Heere, in procinctu. Weil nun aber in Friedenszeiten blos zweimal

[1]) Vgl. Gajus 2, 201. ff.

im Jahre eine Gelegenheit sich darbot, seinen lezten Willen anzuordnen: so war es natürlich, daß man eine Form aufsuchte, welche auch in plötzlich bevorstehenden Todesfällen sich anwenden ließ. Diese Form gewährte die Mancipation, der Scheinverkauf. Die Anwendung der Mancipation auf Testamente verdrängte allmälig sogar jene beiden Arten zu testiren. Anfangs bediente man sich der Mancipation beim Testiren auf dieselbe Weise, wie selbige ihrer allgemeinen Natur nach Statt fand. Es mußten also, außer dem Testirer oder Scheinverkäufer, sieben Personen gegenwärtig seyn: der Scheinkäufer, familiae emptor, der Wagehalter, libripens, und fünf Zeugen. Der Scheinkäufer verhielt sich als der Erbe. Er war es jedoch nur unter der Bedingung, dasjenige zu erfüllen, was ihm der Testirer oder Scheinverkäufer zu thun befohlen hatte. Späterhin erlitt dieses die Aenderung, daß der Scheinkäufer nichts als Scheinkäufer war, eine für die Form der Mancipation nothwendige Person; hingegen der Erbe wurde in einem mit der Mancipation verbundenen Testamente ernannt, und ihm, nicht dem Scheinkäufer, legte der Testirer die Legate auf. Nämlich der Scheinverkäufer oder Testirer hielt, bei Gelegenheit der Mancipation seines Vermögens, ein schriftliches Testament in Bereitschaft, und gab, nachdem der Scheinkäufer seine feierlichen Worte der Mancipation gesprochen, mit einem Stück Gelde (aes) die Wage (libra) berührt und selbiges dem Testirer gleichsam als Kaufpreis für das gekaufte Vermögen gegeben hatte, die mündliche Erklärung ab, daß er nach Maaßgabe des Inhalts der Testamentstafeln die Handlung wolle vorgenommen haben. In dieser mündlichen Erklärung, nuncupatio, lag also die Bedingung, unter welcher die Mancipation oder der Verkauf des Vermögens vor sich gehen sollte, eine Bedingung, deren Inhalt aus dem schriftlichen Testamente demnächst zu ersehen war.

Diese civilrechtliche Form der Mancipation in der Anwendung auf den lezten Willen, das testamentum per aes

et libram, erhielt ſich über Gajus Zeitalter hinaus. Allein daneben entſtand auch ein prätoriſches Teſtament. Selbiges mußte ſchriftlich abgefaßt und von ſieben Zeugen beſiegelt ſeyn, um dem eingeſetzten Erben die bonorum possessio secundum tabulas zu gewähren [2]).

Das neueſte, aus den Verordnungen der Kaiſer hervorgegangene Römiſche Recht, geſtattet die Freiheit, entweder mündlich oder ſchriftlich den lezten Willen vor ſieben Zeugen zu errichten. Geſchieht dieſes ſchriftlich: ſo ſoll das Teſtament nicht blos beſiegelt werden durch die Zeugen, vielmehr wird zugleich die Unterſchrift der Zeugen und des Teſtirers, oder im Nothfalle die Unterſchrift eines achten Zeugen für den Teſtirer, erfordert.

§. 2.

Von der genauen Beobachtung der teſtamentariſchen Feierlichkeiten wurden früh ſchon die Soldaten entbunden. Nachher traten für gewiſſe Fälle auch zum Beſten anderer Perſonen Ausnahmen ein. Aber in's Weite geht die Verordnung der Kaiſer Honorius und Theodoſius v. J. 413, die c. 19. C. 6, 23. de testamentis [3]), wornach man ſich von der beſchwerlichen teſtamentariſchen Feierlichkeit dadurch entbinden kann, daß man dem Landesherrn oder der Obrigkeit ſein Teſtament übergiebt oder erklärt. Dieſe für die Form des lezten Willens ſo wichtige Verordnung iſt in dem Juſtinianiſchen Rechtsbuche ohne alle Interpretation geblieben. In den vorjuſtinianiſchen Rechtsquellen findet ſich nur eine einzige Verordnung, der Kaiſer Theodoſius und Valentinian v. J. 446, welche das Teſtament vor dem Landesherrn oder der Obrigkeit betrifft, nämlich zunächſt den Fall eines von Ehegatten gemeinſchaftlich und mit der bei

---

[2]) Gajus 2, 147.

[3]) Vgl. const. 1. Nov. Valent. III. 2, 21. de testamentis (Jus civile antejust. p. 1320. edit. Hug.)

uns so beliebten Klausel längst Leib längst Gut errichteten, dem Landesherrn eingereichten Testaments [4]). Vielmehr beschäftigen sich alle, nach jener c. 19. de testamentis v. J. 413 in Testamentssachen erlassenen Verordnungen, welche Justinian's Sammlung enthält, lediglich mit dem feierlichen Testamente vor Zeugen. Verweilen wir noch etwas bei dem Inhalte der const. 19. de testamentis, die, so viel das dem Landesherrn überreichte Testament betrifft, an Tabor einen im Geiste seiner Zeit weitschweifigen pedantischen Kommentator gefunden hat [5]).

„Omnium testamentorum solemnitatem superare videtur, quod insertum mera fide precibus inter tot nobiles probatasque personas etiam conscientiam principis tenet. Sicut ergo securus erit, qui actis cujuscunque judicis, aut municipum, aut auribus privatorum, mentis suae postremum publicavit judicium: ita nec de ejus unquam successione tractabitur, qui nobis mediis et toto jure, quod in nostris est scriniis constitutum, teste succedit."

Der Umstand also, daß der Fürst und sein Kabinet um den lezten Willen weis, soll mehr gelten, denn die Feierlichkeit irgend eines Testaments. Eine Feierlichkeit schien völlig überflüssig, sobald das Testament zur Kenntniß des Landesherrn und seines Kabinets, als worauf das ganze Recht, die ganze Gesetzgebung beruhte, gelangt war; der Kaiser mit seinem Ministerium galt so viel, als ehedem die Volksversammlung, in welcher ein Testament errichtet wurde. Freilich gab es in dem Kabinet mehrere Abtheilungen, Departements, Kanzeleien, folglich auch in dem Archive mehrere gesonderte Fächer, scrinia, und die Supplik mit einem Te-

---

4) Die in voriger Note citirte c. 1. Nov. Valent. III.

5) J. O. Tabor, de testamento Principi aut Comiti oblato, tractatio analytico-synthetica l. 19. C. de testamentis, theoriam et praxin ostendens (in dessen Tractatuum vol. I. p. 575.

ſtamente mogte dem scrinium libellorum zugetheilt werden; allein die Kaiſer ſtellen die Sache doch ſo vor, als wäre das ganze Kabinet oder Miniſterium nebſt dem Landesherrn von dem Inhalte der Supplik in Kenntniß geſetzt und darüber Zeugniß zu geben im Stande [6]). Eine ähnliche Fiktion findet auch heutiges Tages in anderen Angelegenheiten Statt, die ein Kollegium zu beſorgen hat. Denn gar oft geſchieht etwas unter dem Namen des ganzen Kollegiums, was in der That nur von einer Abtheilung deſſelben, einem Senate, einer Kammer, einem Departement, bisweilen gar nur von einem einzelnen Mitglicde, verrichtet wird.

„Nec sane illud heredibus nocere permittimus, si rescripta nostra nihil de eadem voluntate responderint. Voluntates etenim hominum audire volumus, non jubere: ne post sententiam nostram inhibitum videatur commutationis arbitrium: cum hoc ipsum quod per supplicationem nostris auribus intimatur, ita demum firmum sit, si ultimum comprobetur, nec contra judicium suum defunctus postea venisse delegatur.“

Alſo eine landesherrliche Beſtätigung des Teſtaments braucht nicht erfolgt zu ſeyn; es genügt die bloße Uebereichung. Man muß ſogar annehmen, daß es in der Ordnung geweſen, dem Teſtirer auf ſeine Bittſchrift nicht zu anworten; denn es ſoll der Anſchein vermieden werden, als

---

[6]) Daß die Worte „toto jure, *quod in nostris est scriniis constitutum*, teste,“ nicht von einem scrinio pectoris zu verſtehen ſind, liegt klar am Tage. Gleichwohl hat es Juriſten gegeben, die ſo etwas behauptet haben, mit Bezug auf Bonifaz VIII, welcher im cap. 1. in 6to 1, 2. de constit. ſagt: . . . Romanus Pontifex . . jura omnia in scrinio pectoris sui censetur habere. Wozu Duarenus ad C. 2, 47. ubi et ap. quem cognitio die erbauliche Bemerkung macht: Sed Gregorius (Bonifaz) forte, cum illa scribebat, multa bona jura habebat in scrinio ventris sui, ut accidit bonis patribus, cum bene pransi sunt.

stände dem Testirer nicht die Befugniß zu, seinen Willen zu ändern, und diesen Anschein, meinen die Kaiser, würde die Sache gewinnen, wenn sie eine sententia d. h. eine Antwort ertheilten, etwa mit der Klausel, wie sie bei gerichtlichen Testamenten heutiges Tages vorkommt, daß über den lezten Willen solle gehalten werden.

„Ne quid sane praetermisse credamur: hujusmodi institutionis successoribus designatis, omnia quae scriptis heredibus competunt, jubemus eos habere, nec super bonorum possessionis petitione ullam controversiam nasci: cum pro herede agere cuncta sufficiat, et jus omne ipsa complere aditio videatur. Omnibus enim praestandum esse censemus, ut libero arbitrio, cui testandi facultas suppetit, successorem suum oblatis precibus possit declarare: et stabile sciat esse quod fecerit.“

Hieraus ergiebt sich, daß derjenige Nachfolger, welcher in einem, dem Landesherrn überreichten Testamente eingesetzt worden, nicht wie ein bonorum possessor sich verhalten soll, der aus einem prätorischen Testamente sein Recht ableitet, sondern wie ein Civilerbe; mithin ist es hinlänglich, wenn derselbe auch nur stillschweigend die Erbschaft antritt, d. h. durch die pro herede gestio.

„Nec institutus heres pertimescat, cum oblatas preces secundum voluntatem defuncti idoneis testibus possit approbare, si ei alia nocere non possunt.“

Das ist eben der misliche Punkt in der ganzen Verordnung. Unbedenklich scheint es freilich, die wirkliche Uebereichung eines in Frage befangenen Testaments auf dem Glauben oder Zeugnisse des Landesherrn und seines Kabinets beruhen zu lassen; allein, wenn der Testirer nicht in Person sein Testament übergeben hat: auf welche Weise ist es zweifelsfrei auszumitteln, daß die Supplik wirklich mit des Verstorbenen Willen eingekommen und das beigelegte Testament

ächt sei? Honorius und Theodosius gestatten Zeugenbeweis, ohne die Zahl der Zeugen festzusetzen. Daß sie nicht sieben Zeugen im Sinne gehabt haben, ist augenfällig, weil mit sieben Zeugen die Ueberreichung an den Landesherrn überflüssig werden würde. Man kann in Ermangelung einer näheren Angabe nur so viel voraussetzen, daß die gewöhnlichen Grundsätze des Zeugenbeweises hier zur Anwendung kommen sollen. Doch dieses eben ist sehr mislich, da, um ein Testament zu bezeugen, von jeher eine größere Zahl von Zeugen aus guten Gründen erfordert worden ist. Nur um ein Geringes wird die Leichtigkeit, mit Hülfe zweier Zeugen ein unächtes Testament unterzuschieben, dadurch erschwert, daß das Testament mit einer Supplik an den Landesherrn muß abgeschickt werden. Die Scheu eines Betrügers, dieses zu thun, kann nicht allein durch den Gedanken, der Landesherr werde nicht antworten, überwunden, sondern auch dadurch gehoben werden, daß er erst beim Herannahen des Todes des vorgeschobenen Testirers das falsche Testament einschickt, so daß die Antwort nicht mehr bei Lebzeiten dem angeblichen Testirer zukommen und dieser die Betrügerei entdecken kann; der Fälle nicht zu gedenken, die dem Betrüger es möglich machen, sich selbsten das Reskript auf die eingeschickte Supplik in die Hände zu spielen. Schon deshalb ist es recht gut, daß diese Art zu testiren fast außer Gebrauch gekommen ist. Die landesherrlichen Regierungen sollten sich nur höchst behutsam mit der Annahme von zugeschickten Testamenten befassen, wo diese Art zu testiren noch üblich ist.

§. 3.

Desto gebräuchlicher ist das obrigkeitliche Testament geworden. Gleichwohl giebt es im Justinianischen Rechtsbuche über dieses Testament gar keine Nachricht weiter, als die beiläufig angebrachte Aeußerung in der angeführten c. 19. C. de testamentis:

Sicut ergo securus erit, *qui actis cujuscunque judicis, aut municipum*, aut auribus privatorum, mentis suae postremum publicavit judicium &c.

Denn diejenigen Verordnungen, welche die Eröffnung der Teſtamente durch die Obrigkeit betreffen, gehören nicht hierher, wo von der Form bei Errichtung der Teſtamente die Rede iſt. Eben ſo wenig wird des dem Landesherrn überreichten Teſtamentes in irgend einer andern Stelle des Juſtinianiſchen Rechtsbuches weiter gedacht; vielmehr, wie bereits oben bemerkt, beſchäftigen ſich alle, nach jener const. 19. de testamentis erlaſſenen Konſtitutionen, lediglich mit dem feierlichen Teſtamente vor Zeugen, oder mit den ſ. g. privilegirten Teſtamenten, außer dem vor dem Landesherrn oder der Obrigkeit. Einzig und allein iſt es in den vorjuſtinianiſchen Rechtsquellen die obenangeführte Novelle der Kaiſer Theodoſius und Valentinian vom J. 446, welche, jedoch ebenfalls nur beiläufig, das obrigkeitliche Teſtament erwähnt in den Worten:

Nam cum liceat cunctis jure civili atque praetorio, liceat per nuncupationem, *liceat municipalibus gestis*, judicia suprema componere &c.

Daß alſo ein Teſtament durch die bloße Dazwiſchenkunft der Obrigkeit, mithin ohne Zuziehung der bei dem feierlichen Teſtamente nothwendigen ſieben Zeugen, zu Stande kommt, ſcheint mir im neuern Römiſchen Rechte feſt zu ſtehen, ſo ſpärlich auch immerhin die Quellen dieſes obrigkeitlichen Teſtamentes ſeyn mögen [7]). Ueber die Form in-

---

[7]) Meinen hochgeſchätzten gelehrten Freund, Hrn Oberappellationsrath Spangenberg, mögte ich bitten, die Begründung ſeiner Meinung, das obrigkeitlich errichtete Teſtament beruhe blos auf einer Erfindung der neuern Zeit, ausführlicher mitzutheilen. Vgl. Spangenberg, Jur. Rom. Tabb. negot. p. 94: Testamentum autem judiciale meram confictionem recentioris aevi esse, inde patet, quod ejus forma, nec gestis de aperiundis tabulis, nec

dessen, in welcher Testirer und Obrigkeit sich zu benehmen haben, ist nichts weiter bestimmt, als daß der lezte Wille ein Theil der obrigkeitlichen Akten werden muß. Gemeinrechtlich ist also weiter nichts erforderlich, als die Beobachtung der gewöhnlichen gerichtlichen Form für die Beglaubigung einer vor der Obrigkeit eingetretenen Handlung, mit andern Worten die protokollarische Form. Landesgesetze und Herkommen allein können es mit sich bringen, daß bei der Annahme oder Aufnahme eines Testaments eine strengere Form, als die einer gewöhnlichen Protokollirung, beobachtet werde.

§. 4.

Diesen geschichtlichen Andeutungen zufolge giebt es ein feierliches Testament vor sieben Zeugen, dessen Form noch etwas vermehrt ist, wenn ein Blinder testirt oder wenn ein des Schreibens Unkundiger ein schriftliches Testament errichtet. Alle übrigen Arten der lezten Willen verhalten sich als begünstigte, als privilegirte Testamente, indem von der ordnungsmäßigen Feierlichkeit das Eine oder Andere, oder gar Alles, erlassen wird. Zu den privilegirten Testamenten, welche als minder feierlich erscheinen, gehört das zur Zeit der Pest, auf dem Lande, zum Vortheil der Intestaterben, und unter Kindern errichtete. Als unfeierlich darf man nicht blos den lezten Willen der Soldaten betrachten, sondern auch das Testament vor dem Landesherrn oder der Obrigkeit. Denn diese lezten beiden Arten des Testamentes erheischen gar keine Form weiter, als diejenige, welche allen vor dem Landesherrn oder der Obrigkeit erfolgenden Erklärungen gemeinsam ist. Eine eigene Testamentsform giebt es

---

insinuationi ad acta consentanea sit, ideoque prorsus a more Romano abhorreat. Figmentum medii aevi esse, in Germania ante seculum decimum quintum haud occurrens, forsitan alio loco demonstrabimus.

für selbige gar nicht. Daher heißt es in der c. 19. de testamentis: *Omnium testamentorum solemnitatem superare videtur* &c.

Aus diesem Gesichtspunkte sind die verschiedenen Arten der Testamente in der neuen Ausgabe meiner Institutiones juris Romani klassificirt. Schon Tabor hatte das Testament, welches der Landesherr annimmt, als ein privilegirtes bezeichnet.

§. 5.

In andern Lehrbüchern erscheint der feierliche lezte Wille als Privattestament, im Gegensatze des obrigkeitlichen und des dem Landesherrn überreichten, welche beide man als öffentliche Testamente vorführt. Ist dieser Gesichtspunkt richtiger?

Ein Privattestament kann das feierliche Testament theils in dem Sinne genannt werden, daß es einen, blos vor Privatpersonen, den sieben Zeugen nämlich, erklärten lezten Willen bezeichnet, wie denn auch die oft angef. const. 19. de testam. in einem solchen Falle von dem Testirer sagt: . . . auribus *privatorum* mentis suae postremum publicavit judicium; theils in dem Sinne, daß der vor sieben Zeugen erklärte Wille, dafern er blos mündlich ausgesprochen ist, vorerst nur in dem Gedächtnisse von Privatpersonen ruht, und, wäre er auch schriftlich erklärt worden, doch ebenfalls vor der Hand blos von Privatpersonen eine Urkunde für sich hat.

Hingegen öffentlich ist das feierliche Testament in doppelter Beziehung, auf Glaubwürdigkeit nämlich und auf Eigenthum oder Angehörigkeit.

Die Glaubwürdigkeit anlangend: so ist die feierliche Errichtung eines Testaments gar nicht mit einem gewöhnlichen Privatgeschäfte zu vergleichen, vielmehr erscheint jene Handlung selbst, gesetzt auch, deren Inhalt bliebe bis zum Tode des Testirers ein Geheimniß, als eine eben so öffentliche und darum eben

so glaubwürdige, wie nur irgend eine vor Gericht oder vor dem Landesherrn vorgenommene Handlung. Ueber die Gränzen eines Privatgeschäfts, zu dessen Beglaubigung gemeinhin zwei Zeugen allein hinreichen, ist das feierliche Testament durch die Zuordnung von sieben Zeugen weit hinausgerückt. Werden doch bei schriftlichen Pfandverträgen nur drei Zeugen erfordert, um die darüber sprechende Urkunde einer öffentlichen gleich zu achten! Eben weil die Gesetzgebung neben andern Förmlichkeiten die Zuziehung von sieben Zeugen wesentlich erfordert, hat sie das feierliche Testament über die Beweiskraft einer gewöhnlichen Privaturkunde erhoben, oder, was auf eins hinausläuft, die gewöhnliche Beweiskraft von zwei Zeugen für den Fall verworfen, da die Errichtung eines Testaments in Frage steht. Auch ist es gewiß, daß eine öffentliche, obrigkeitliche, gerichtliche, oder notarielle Urkunde, in ihrer Beweiskraft durch Gegenbeweiszeugen zu entkräften steht, und daß zu diesem Zweck eine geringere oder größere Zahl von Zeugen erfordert wird, je weniger oder mehr Personen bei Abfassung der öffentlichen Urkunde zugezogen sind. Wenn also z. B. zwei Gerichtsmitglieder und ein Gerichtsschreiber die Errichtung eines Testamentes eines gewissen Testirers, von einem gewissen Tage, und von einem gewissen Orte, urkundlich beglaubigt haben: so würde es keinen Zweifel leiden, daß der Gegenbeweis wider die Wahrheit dieses gerichtlichen Testaments könnte geführt werden, wenn sieben Zeugen bekräftigten, daß ihnen derselbe Testirer an demselben Tage an einem andern Orte seinen lezten Willen erklärt habe. Eine gewöhnliche Privaturkunde aber, von zwei Zeugen beglaubigt, würde niemals von der Stärke des Beweises seyn, um die Wahrheit eines gerichtlichen Testamentes umzustoßen, da dieses, abgesehen von landrechtlichen Ordnungen, wenigstens zwei öffentliche Beamte zu seiner Begründung nöthig hat, einen Richter und den Gerichtsschreiber.

Freilich kann man mit einem feierlichen Testamente, ob-

schon schriftlich abgefaßt und von sieben Zeugen beglaubigt, nicht gegen jedermann ohne Weiteres Beweis führen, weil Handschriften und Siegel der Privatpersonen keine öffentlichen Zeichen der Beglaubigung sind. Vielmehr ist es nach dem Tode des Testirers nothwendig, zuvörderst durch eine gerichtliche Vernehmung der Zeugen über deren Handschrift und Siegel, oder, falls ein mündliches Testament errichtet worden, über den Inhalt der leztwilligen Erklärung selbst, die Richtigkeit des Testamentes zu erforschen und durch ein hierüber gerichtlich aufgenommenes Protokoll den Uebergang in eine öffentliche Urkunde zu vermitteln. Diese Legalisirung und die dadurch erfolgende Aufnahme des Testaments in die Gerichtsakten (gesta) mehrt und mindert jedoch im Mindesten nicht die innere Beweiskraft des feierlich errichteten Testaments.

Ebenfalls in Bezug auf Eigenthum oder Angehörigkeit wurde oben das feierliche Testament ein öffentliches genannt. In diesem Punkte steht dasselbe allen übrigen Arten der lezten Willen völlig gleich. Es ist nämlich das Testament, als Urkunde betrachtet, sobald der Testirer gestorben ist, kein Privateigenthum gewisser Personen etwa der Erben, sondern die Urschrift soll nach dem Tode des Erblassers im Gerichte verwahrt und Einsicht und Abschrift jedermann verstattet werden. In diesem Sinne wird die leztwillige Urkunde ein *publicum* instrumentum mit Fug genannt. „Tabularum testamenti instrumentum, sagt Ulpian, non est unius hominis, sed universorum, quibus quid illic adscriptum est: quin potius *publicum* est instrumentum [8]). Die Aufnahme des Testaments in die gerichtlichen Akten, die Legalisirung oder Publikation, welche in Konstantinopel bei dem Magister census, anderwärts bei andern obrigkeitlichen Behörden ge-

---

[8]) 2. pr. D. 29, 3. testamenta quemadm. aperiantur.

ſchehen mußte [9]), erfolgt nicht blos aus Rückſicht auf die im Teſtamente eingeſetzten Erben und Vermächtnißnehmer, ſo wie der öffentlichen Abgaben halber, welche von der Erbſchaft etwa zu entrichten ſind. Eben ſo wenig iſt die obrigkeitliche Aufbewahrung darum blos nothwendig geblieben, damit Erben und Vermächtnißnehmer immer noch eine Abſchrift wieder bekommen könnten; ein Zweck, welcher von Paulus, obwohl ohne Angabe der Berechtigten, hervorgehoben wird [10]). Es hat ſich vielmehr nach der Nov. 1. c. 1. die Sache ſo geſtaltet, daß jedermann bei der Einſicht und ſichern Aufbewahrung des Teſtamentes betheiligt, ſogar als Miteigener deſſelben erſcheint, indem Juſtinian auf den Fall, da die eingeſetzten Erben oder die Vermächtnißnehmer den lezten Willen nicht binnen einem Jahre erfüllen ſollten, nicht allein die geſetzlichen Erben, ſondern ſogar Perſonen, die gar nicht zu der Familie des Erblaſſers gehören, und zulezt den Fiskus, zur Erbfolge des Teſtirers beruft. Wenn bei dieſer Gelegenheit Juſtinian ſich auf ſehr alte Geſetze bezieht, als welche ein Erbrecht denjenigen ertheilt hätten, die weder teſtamentariſche noch Inteſtat-Erben geweſen wären: ſo bleibt kaum etwas Anderes zu vermuten, als daß er die lucrativa usucapio pro herede gemeint habe, worüber uns allererſt in Gajus [11]) ein Licht aufgegangen iſt.

---

[9]) 18. 23. C. 6, 23. de testamentis. Vgl. Savigny, Geſch. des R. R. im Mittelalter I. S. 84. Spangenberg, Jur. Rom. Tabb. negot. p. 90—131.

[10]) Sentent. recept. 4, 6. §. 1.

[11]) Inst. Coment. 2, 52.

52.

Wie geschieht die Exekution eines Bundesschlusses und wem fallen die Kosten derselben zur Last?

Während der alten Deutschen Reichsverfassung wurden die bedeutungsvollsten und kitzlichsten Fragen des Staatsrechtes mit der größten Freimütigkeit erörtert. Hierhin darf man die Frage zählen, ob ein Landesherr, welcher durch eine ständische Verfassung beschränkt ist, das Land für diejenigen Schulden verbindlich mache, die er aus Verschwendung gemacht hat? Verneint wird diese Frage von Justi, jedoch unter der Beschränkung, daß er eine öffentliche Erklärung der Stände erfordert, wodurch sie sich verwahren und Dritte warnen [1]). Strube bestreitet die Nothwendigkeit einer solchen Erklärung aus rechtlichen und politischen Gründen, und sagt am Schlusse seiner Argumentation: „Die Deutschen Landstände sind ihren Herren bei weiten nicht so fürchterlich, als das Englische Parlament und die Schwedischen Reichsstände ihren Königen. Den kaiserlichen Schutz mögen sie nur wider schwächere Landesherren hoffen. Den mächtigern schickt der Reichshofrath weder Commissiones über den Hals, noch entzieht er ihnen die Verwaltung der Einkünfte. Ja man sieht einen Fürsten nicht sauer an, wenn gleich sein Verfahren der Tyrannei sehr nahe kömmt, dafern politische Umstände erfordern, ihn bei gutem Sinn zu erhalten" [2]). Doch in dieser Hinsicht haben wir gewonnen. Ein tyrannischer Fürst wird sauer angesehen und er wird nur in dem Kreise seiner Kreaturen und Sklaven eine An-

---

[1]) Justi, histor. und juriſt. Schriften II. S. 116.

[2]) Strube, rechtl. Bedenken 2, 2. (in der sehr empfehlungswerthen Spangenbergischen Ausgabe, Bed. 469.)

erkennung finden. Die mächtigern Monarchen unserer Zeit tragen ganz vorzüglich durch ihre Persönlichkeit dazu bei, die Herrschaft der Religion, Moral und Gerechtigkeit, auszubreiten. Um so greller tritt der Gegensatz hervor, wenn er sich hie und da, mit geringern Kräften verbunden, bemerklich macht.

In Deutschland soll die Bundesverfassung nicht nur den Krieg unter den Bundesgliedern verhindern, sondern auch gewisse Verfassungsrechte im Innern der einzelnen Staaten in Schutz nehmen. Jedes einzelne Bundesglied ist zwar souverain, jedoch mit der Beschränkung, daß es sich den Bundesbeschlüssen zu unterwerfen hat. Fügt es sich diesen Beschlüssen nicht in Güte: so hört es zwar nicht auf, Bundesglied zu seyn, da der Bund unauflöslich ist, weshalb denn auch gegen den Ungehorsamen kein eigentlicher Krieg eintritt; allein es finden dann Zwangsmittel Statt, wie wenn ein sachfälliger Proceßführer dem richterlichen Urtheile nachzukommen sich weigert. Daß die Exekution durch eine von der Bundesversammlung beauftragte unbetheiligte Regierung erfolgen solle, und zwar mittelst einer Mannschaft, deren Stärke von der Bundesversammlung eben so wohl bestimmt wird, als die Dauer der Exekution; daß ferner die beauftragte Regierung einen Civilkommissär zu ernennen habe, welcher das Exekutionsverfahren nach einer von der Bundesversammlung zu ertheilenden besondern Instruktion leite, dieses steht freilich eben so fest [3]), als der Grundsatz, daß die Kosten der Exekution auf den wirklichen, nach dem Zwecke zu bemessenden Aufwand beschränkt werden sollen und daß dieselben von der Bundesregierung, gegen welche die Exekution verfügt worden, zu berichtigen sind [4]). Allein es ist noch Manches

---

[3]) Wiener Schlußakte Art. 33. 34. Exekutions-Ordnung vom 3. Aug. 1820 (beschlossen in dem Plenum der Bundesversammlung) Art. 8.

[4]) Exekutions-Ord. Art. 14.

unentschieden gelassen, anscheinlich deshalb, weil der Bund, indem er die gesetzgebende, richterliche, und vollziehende Macht in sich vereinigt, es vorgezogen hat, sich lieber nach den jeweiligen Umständen des einzelnen Falles zu benehmen, als im Voraus Normen festzustellen, die in ihrer Anwendung eben der Allgemeinheit halber bisweilen nicht frei von Härte oder Unbilligkeit erscheinen, oder vielleicht gar unzweckmäßig seyn würden. Vielleicht sind auch die Stifter des Bundes in ihrer rechtlichen Gesinnung von der Voraussetzung ausgegangen, daß ein Bundesschluß allein hinreichende Autorität enthalte und daß die wirkliche Exekution durch die Folgsamkeit der verurtheilten Bundesregierung würde beseitigt werden. Doch dem sei, wie ihm wolle; unverkennbar giebt es in dieser Materie nicht blos ein politisches, sondern zugleich ein juridisches Element, dessen Bearbeitung unsere Sache ist.

Abgesehen von dem Falle eines unrechtmäßigen Aufruhrs, wo der Bundesfürst Hülfe begehren, oder der Bund selbst einschreiten kann, und wo nicht der Bundesfürst, sondern die wider die landesmäßige Verfassung streitenden Aufrührer die Schuldigen sind, denen am Ende die Kosten zur Last fallen [5]), so erfolgt eine bundesmäßige Exekution wider diejenige Regierung, welche sich in Befolgung eines Bundesschlusses oder eines austrägalrichterlichen Erkenntnisses ungehorsam zeigt [6]). Die Wiener Schlußakte sowohl, als die von der Bundesversammlung beliebte Exekutions-Ordnung, spricht immer nur von der Regierung oder von dem Bundesstaate. Allein da die einzelnen Bundesstaaten, mit einziger Ausnahme der vier freien Städte, von Landesherren regiert werden, deren Souverainität lediglich durch ständische Verfassung beschränkt seyn kann: so wird man zunächst nur gegen den Landesherrn derjenigen Regierung, von deren Ungehorsam die Rede ist, die exekutivischen Maaßregeln dürfen

---

[5]) Exekutions-Ord. Art. 14.

[6]) Art. 32. der Wiener Schlußakte.

eintreten lassen. Wer anders, als der souveraine Landesherr, dürfte als das Organ und das dem Bunde verantwortliche Oberhaupt der Regierung betrachtet werden? Läge an ihm nicht die Schuld des Ungehorsams, sondern an einer Behörde, durch welche er in seiner Gewalt beschränkt ist, z. B. wenn die Landstände, denen das Steuerbewilligungs-Recht zustände, eine dem Lande durch bundesmäßiges Urtheil auferlegte Schuld zu bezahlen sich weigerten, mithin dem Landesherrn nicht die Mittel gewährten, das Urtheil zu erfüllen; oder wenn sonst dem verurtheilten Landesherrn bei seinem besten Willen die Mittel gebrächen, einen Bundesschluß in Vollziehung zu setzen: so würde er freilich eine Einmischung des Bundes in die inneren Angelegenheiten seines Landes zu veranlassen befugt und den Ungehorsam von sich abzuweisen im Stande seyn. Aber außer diesem Falle bleibt der Landesherr zunächst allein verantwortlich, weil er allein als der unfolgsame Theil erscheint.

Dieses vorausgesetzt, so ist die Frage, wie die Exekution zu verfügen und wer zur Abhaltung der Kosten schuldig sei? leicht zu beantworten. Die Exekution muß so verfügt werden, daß sie für den Fürsten selbst, gegen welchen sie Statt hat, eine Beläſtigung und folglich ein Zwangsmittel ist, dem Erkenntnisse ein Genüge zu leisten. Darum ist von den öffentlichen Abgaben und Einkünften seines Staates derjenige Theil, welcher für die Civilliste bestimmt ist, desgleichen das Domanial- und Privatvermögen des Fürsten, mit Beschlag zu belegen, die Exekutionstruppen sind daraus zu unterhalten und die sonstigen Kosten der Exekution dadurch zu decken. Eine noch empfindlichere Maaßregel scheint der Regel nach nicht zweckmäßig.

Dagegen wäre es eben so unbillig als unpolitisch, die Unterthanen eines hartnäckigen Regenten durch die Exekution zu bebürden; unbillig, weil kein zureichender Grund aufzufinden ist, ihnen eine außerordentliche Last lediglich wegen der Unfügsamkeit ihres Landesherrn aufzuerlegen, vielmehr,

wenn nach der Landesverfassung die Steuerbewilligung von den Ständen erfolgen müßte, die durch den Eigensinn des Fürsten veranlaßten Kosten eben so wenig, als die aus Verschwendung gemachten, eine Gutheißung der Stände verdienten; unpolitisch, weil, wenn man den unschuldigen Unterthanen den Druck einer Exekution fühlbar machte, die ganze Maaßregel ihnen um so gehässiger sich darstellen und sie vielleicht zu Widersetzlichkeiten reizen würde. Ob das mit der Exekution belastete Bundesglied demnächst so viel vermögen wird, daß auf seine Unterthanen die Kosten zurückfallen, das wird bald von der Verfassung, bald von dem guten Willen, bald von beiden zugleich abhängen. Gewiß giebt es nicht wenige Deutsche Landesherren, die in Leid wie in Freude auf die herzlichste Theilnahme ihrer Unterthanen zählen dürfen. Doch dieses gehört nicht weiter zu unserer Frage.

53.

Der Dienstherr wird in der Person seiner Amme nicht beleidigt.

Der Hoftischler S. in Rostock ließ gegen den Ackermann S. klagend zu Protokoll geben: Der Beklagte habe die Amme des Klägers in des Klägers Garten vor dem Thore dergestalt gemishandelt und geschlagen, daß die Spuren noch sichtbar seien. Da nun Kläger sich dadurch mittelbar sehr beleidigt und gekränkt fühle, indem die Amme in ihren Dienstverrichtungen gewesen: so bitte er, den Beklagten zur Abbitte vor Gericht und zum Kostenersatze anzuhalten.

Der Beklagte läugnete nicht blos die angegebene Mishandlung, sondern bestritt es auch, daß der Kläger sich für seine Person beleidigt finden könnte.

Das Gericht, ohne auf Beweis der geläugneten Beleidigung zu erkennen, wies mittelst Bescheides vom 20. Septbr. 1817 den Kläger ab; ein Bescheid, welcher in der Appellationsinstanz nicht blos, sondern auch nach eingelegtem Rechtsmittel der Restitution von der Fakultät in Göttingen im Jahre 1819 bestätigt wurde.

Unmittelbar war der Kläger nicht beleidigt; es konnte also nur die Frage entstehen, ob ihm mittelbar eine Beleidigung durch die der Amme angeblich zugefügte Kränkung widerfahren sei?

Vorzüglich durch die Bemerkung suchte der Kläger die Klage zu rechtfertigen, daß die beleidigte Amme seiner Herrschaft unterworfen sei und während der Ausübung der Dienstgeschäfte die Beleidigung erfahren habe. Die hier einschlagende Hauptstelle ist das fr. 1. §. 3. D. 47, 10. de injuriis, wo Ulpian über die mittelbaren Beleidigungen sich ausspricht:

> Aut per semetipsum alicui fit injuria, aut per alias personas; per semetipsum, cum directo ipsi patrifamilias vel matrifamilias fit injuria; per alias, cum per consequentias fit, cum fit liberis meis, vel servis meis, vel uxori, nuruive; spectat enim ad nos injuria, quae his fit, qui vel potestati nostrae, vel affectui subjecti sunt [1]).

Hiernach wird die Klage wegen mittelbarer Beleidigungen auf die Fälle beschränkt, da jemand beleidigt worden, welcher sich in unserer Gewalt befindet, oder für welchen wir eine besondre, versteht sich erlaubte, Zuneigung (affectus) haben. Ein Dienstbote aber ist unserer Gewalt nicht unter-

---

[1]) Vgl. Gajus, Instit. Comment. 3, 221. — §. 2. I. 4, 4. de injuriis.

worfen, sein Dienstverhältniß läßt ihn den Stand eines Freien nicht einbüßen, setzt ihn folglich nicht auf ähnlichen Fuß, wie den Römischen Sklaven. Eben so wenig stand es dem Kläger an, zu behaupten, die Amme gehöre zu solchen Personen, für welche er eine besondere Zuneigung haben könne; denn hierhin rechnet das Römische Recht ausdrücklich nur Ehefrauen und solche Schwiegertöchter, die an einen Haussohn, filiusfamilias, verheirathet sind [2]). Beleidigungen sogar einer solchen Ehefrau, die in freier Ehe lebte, konnte nach dem Rechte, wie es Gajus darstellt, der Ehemann nicht ahnden, indem dieser Schriftsteller zu den Personen, durch welche man mittelbar beleidigt wird, nur diejenigen Ehefrauen rechnet, quae in manu nostra sunt [3]). Erst später ist die Meinung gebilligt, daß der Ehemann auch die Beleidigung einer solchen Gattinn, die nicht in seiner Botmäßigkeit sich befand, verfolgen dürfe [4]); so wie der Bräutigam die der Braut zugefügte Kränkung [5]).

Noch mehr! Das Römische Recht [6]) stellt den Fall auf, da ein freier Mensch, welcher, mit seiner Freiheit unbekannt, als Sklave dient, beleidigt worden. In einem solchen Falle gestattet es dem anscheinenden Herren nur unter der Voraussetzung eine Klage, daß der bona fide dienende Freie in contumeliam des Herren, also um diesen zu kränken, die Beleidigung erlitten hat.

---

2) 2. I. 4, 4. de injuriis.

3) Gajus, Inst. Comment. 3, 221.

4) 2. I. 4, 4. de injuriis: Patitur autem quis injuriam non solum per semetipsum, sed etiam per liberos suos, quos in potestate habet, item per uxorem suam; id enim magis praevaluit.

5) 15. §. 24. D. 47, 10. de injuriis (Ulpian): Sponsum quoque ad injuriarum actionem admittendum puto; etenim spectat ad contumeliam ejus injuria, quaecunque sponsae ejus fit.

6) 6. I. de injuriis. — 15. §. 48. D. de injuriis.

Demnach würde es darauf ankommen, ob der Amme in der Absicht, den Kläger zu beleidigen, die Injurie zugefügt worden. Allein dafür hatte der Kläger keine einzige Thatsache angeführt, die man zum Beweise hätte verstellen können, und an und für sich enthielt die Beleidigung der Amme keine Schmähung oder Kränkung des klagenden Dienstherren.

Ueberdies hatte der Kläger zur Rechtfertigung seines Antrages darauf Bezug genommen, daß die Amme unvermögend sei, ihr Recht selbst zu verfolgen. Aber dann war es ihr unbenommen, das Armenrecht in Anspruch zu nehmen. Endlich war von dem Kläger auszuführen versucht, daß, wenn er als Dienstherr wegen der Beleidigung nicht klagte, er auf folgsame Dienstboten nicht rechnen dürfte. Doch eine solche Betrachtung ist von keinem Werthe vor Gericht, um so weniger, da ein Dienstherr, wenn er sich in solchen Fällen der Dienstboten anzunehmen geneigt ist, durch Besorgung eines Fürsprechers und Bezahlung oder Auslegung der Kosten eben so viel und mehr noch zu ihrem Besten zu bewirken vermag, als wenn er in eigenem Namen eine Klage erhebt.

54.

Ueber den richtigen Gebrauch der Kunstwörter in der Praxis.

§. 1.

Das in unserer Zeit neu belebte Studium der Philologie und Geschichte hat in der Rechtswissenschaft zu einer scharfen Sonderung der echten und unechten Kunstwörter Anlaß gegeben. Meistens scheint diese Sonderung blos philologischen Werth zu haben; doch nicht gar selten ist sie auch für die Praxis von wahrem Nutzen. Wer die Sprache der Römischen Klassiker in ihren Eigenheiten nicht genau erkannt hat, wird sich öfters außer Stande befinden, die trübern Quellen unserer Wissenschaft aufzuklären und aus denselben den rechten Sinn hervorgehen zu lassen. Unverständig wäre also die Meinung, als gölte es stets einer bloßen Wortklauberei, oder einer blos philologischen Klassicität, obwohl nicht zu läugnen ist, daß die Spielerei, Sylbenstecherei, Kleinigkeitskrämerei, auch in diesem Punkte eine an sich nicht unbedeutende Angelegenheit in den Kreis des Lächerlichen gezogen hat. Nicht alles, was der Katheder lehrt, findet einen schicklichen Platz in den Vorträgen der Praktiker; was von der Schule ausgeht, davon müssen wir im Geschäftsbetriebe manches unterdrücken lernen, weil wir uns in einem lächerlichen Pedantismus zeigen würden, wenn wir im regen, unendlich sich gestaltenden Verkehre mit der Welt, die starre Form der Schule zur Schau stellten und ihre dem Laien räthselhafte Sprache redeten. Aber es bleiben immer noch viele Lagen übrig, worin der Praktiker an dem Sprachgebrauche der Schule festhalten muß, dafern er nicht Gefahr laufen will, einem schöngeistigen Geschmacke zu Gefallen die rechtlichen Begriffe in ihrer Schärfe abzustumpfen und zu

verwirren. Hier gäbe es ein reichhaltiges Thema zu einer Abhandlung; doch die Muße gestattet mir in diesem Augenblicke nur folgende abgerissene Bemerkungen.

§. 2.

Ob der Geschäftsmann die Ordnung der Worte, woraus ein juridischer Ausdruck besteht, beobachtet, oder nicht, das wird gleichgültig seyn. Wenigstens wüßten wir nicht, welchen nachtheiligen Einfluß die Umkehrung der klassischen Stellung haben könnte. Wenn der Praktiker schreibt: restitutio in integrum, cessio in jure u. d. gl. so mag der elegante Jurist ein Misbehagen darüber empfinden, daß er nicht, nach dem Vorbilde der Akten, in integrum restitutio, in jure cessio, geschrieben findet; allein was hat eine solche Umkehrung mit der Sache zu thun? Es mögte denn etwa jemand in ähnlicher Lage sich befinden, wie jener Recensent des Schweppe'schen Magazins, welcher vor aller Welt das faselhafte Geständniß ablegte: Seitdem Hugo darauf aufmerksam gemacht habe, daß es in rem actio und nicht actio in rem heißen müsse, sei ihm der Begriff einer in rem actio erst recht deutlich geworden!

Eben so wenig hat sich der Praktiker um den Streit über die Rechtschreibung eines Wortes zu kümmern. Wir loben den genauesten Ausdruck und die richtigste Form an einem jungen Manne, der auf den Bänken sitzt; wer die Worte seines Lehrers nach Procenten berechnet, die sie ihm in der künftigen Praxis eintragen könnten, ist sicherlich nicht auf dem rechten Wege seines Studiums. Aber eben so lächerlich als unleidlich ist der Dünkel, womit ein junger Auditor oder Referendar ältern Praktikern gegenüber steht, die nicht, wie er, den wichtigen Aufschluß erhalten haben, daß man nach klassischer Weise *G*ajus, nicht *C*ajus, oder noch klassischer *G*aius statt *G*ajus schreiben müsse, daß es keine nunciatio novi operis, wohl aber einer operis novi nunciatio gebe, daß von Paulus keine receptae sententiae, wenn

gleich sententiae receptae vorhanden sind, und wie die neuen Aufschlüsse weiter lauten.

§. 3.

Es giebt eine Menge unechter Kunstwörter, deren Gebrauch zwar an sich unschädlich ist, die jedoch eine Kenntniß der Art und Weise, wie die Quellen sich ausdrücken, nicht entbehrlich machen, vielmehr eine solche Kenntniß recht lebendig erfordern. Nur wenige Belege mögen hier Platz finden.

Der Unterschied zwischen

Jus in rem s. in re und jus in personam s. ad rem würde schlecht begriffen werden, wenn man nicht wüßte, daß er in dieser Gestalt dem Römischen Rechte fremd ist. Von einem jus in personam oder von einem jus ad rem wissen die Römischen Systematiker gar nichts. Jus in rem oder jus in re in dem Sinne von dominium, oder gar in der Bedeutung eines dinglichen Rechtes überhaupt, kommt in dem Justinianischen Rechtsbuche nur in ein Paar Stellen vor [1]). Blos das kanonische Recht giebt, obwohl fast nur in einem Wortspiele und einzig und allein in zwei Stellen, den Unterschied zwischen jus in re und jus ad rem [2]). Dagegen bezeichnet in den Römischen Rechtsquellen der Ausdruck jus in re oder jus in corpore sehr häufig das dingliche Recht an einer fremden Sache, am häufigsten die einem Grundstücke anklebende Gerechtigkeit, das jus rei, dem eine dingliche Last, Servitut, gegen über steht. Wäre denn aber, dem Wesen nach, der Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Rechten dem Römischen Rechte fremd? Wäre diese Eintheilung, die in unsern Systemen einen der ersten Plätze

---

1) 20. D. 32. de legatis. 8. §. 1. C. 7, 39. de praescr. xxx vel xxxx annor.

2) 40. in 6to 3, 4. de praebendis. 8. in 6to 3, 7. de concess. praeb.

einnimmt, nichts als eine leere Erfindung der Interpreten? Unsre Eintheilung beruht auf dem Römischen Unterschiede zwischen actiones in rem und in personam! Die Römer bedienten sich, um ein klagbares Recht zu bezeichnen, des Ausdrucks *actio*, auch wenn man nicht zunächst an einen Proceß dachte; hingegen der Ausdruck jus in dem Sinne von Befugniß, wie wir dieses Wort jeden Augenblick gebrauchen, war bei den Römern so wenig üblich, daß man bei der Gelegenheit, wo sechs verschiedene Bedeutungen dieses Wortes angegeben werden, die subjektive Bedeutung desselben, wornach es so viel als Befugniß ist, gar nicht hervorhob [3]).

Servitus

pflegt zur Bezeichnung nicht blos der Last, sondern auch der Gerechtigkeit gebraucht zu werden. Man muß sich aber beim Studium der Quellen erinnern, daß in dem Justinianischen Rechtsbuche nur an einigen Stellen, wo von der Eintheilung gehandelt wird, der Ausdruck Servitus für Gerechtigkeit vorkommt. Anderwärts in Justinian's Werken, so wie überall bei den Klassikern, namentlich bei Gajus, heissen die einem Grundstücke anklebenden Rechte, im Gegensatz der Servituten, jura praediorum, oder jura in re s. corpore, oder jura rei, und die einer Person zustehenden Nutzungsrechte an einer fremden Sache ususfructus, usus, habitatio.

Beneficium competentiae

ist ein unechtes Kunstwort, welches mit der quellenmäßigen Bezeichnung nicht die mindeste Aehnlichkeit hat. Ein Praktiker, welcher etwas auf den Gebrauch des Corpus juris hielt, beklagte sich, darin nirgends eine Aufklärung über das beneficium competentiae finden zu können. Er hatte in der That sich vergebliche Mühe gemacht, wenn er im Aufsuchen durch den Ausdruck war geleitet worden. Geschichtlich und sprachmäßig verhält sich die Sache so: Wer wegen

---

[3]) 11. 12. D. 1, 2. de justitia et jure.

einer Verbindlichkeit durch richterliches Erkenntniß verurtheilt wird, haftet mit seiner Person für die Erfüllung. Nur ausnahmsweise blieb die Person des Verurtheilten unangetastet; er leistete nur so viel, als er mit seinem Vermögen zu leisten vermogte. In einem solchen Falle heißt es: in tantum condemnatur, in quantum *facere* potest. Nämlich *judicatum facere* heißt so viel, als dem richterlichen Urtheile Genüge thun (demselben geleben, wie man in Holstein sagt). Doch die Römischen Rechtsgelehrten gaben in gewissen Fällen den Worten: *in quantum facere potest*, noch eine günstigere Auslegung für den Schuldner, indem sie demselben so viel von seinem Vermögen zu behalten erlaubten, wie nöthig seyn würde, um nicht an den nothwendigsten Bedürfnissen Mangel zu leiden. Dieses nennen wir die Wohlthat der Kompetenz.

Es giebt also eigentlich eine doppelte Art der Begünstigung für den Schuldner, nur in quantum facere potest, verurtheilt zu werden. Denn einmal will dieses weiter nichts sagen, als daß der Schuldner mit seiner Person nicht haftet, daß er also nach älterem Rechte den Fesseln und der Sklaverei entging, oder daß er nach neuerem Rechte von dem Gefängnisse frei bleibt. In diesem Fall befindet sich der Schuldner, welchem die cessio omnium bonorum gestattet wird. Diese wird aber bekanntlich nur dem redlichen Schuldner gestattet; der unredliche bleibt mit seiner Person verhaftet, so wie, Reichs- und Landesgesetzen gemäß, sogar eine peinliche Strafe gegen den mutwilligen Bankerottirer Statt findet. Zweitens enthält die Verurtheilung des Schuldners in quantum facere potest, neben der Befreiung von persönlicher Haft, zugleich die Kompetenz, so daß bei der Exekution des Urtheils dem Schuldner nicht alles genommen, sondern auf den nothdürftigen Unterhalt desselben Rücksicht genommen wird. Diese Wohlthat findet jedoch blos ausnahmsweise Statt, z. B. zum Besten des Socius, des Schenkers, des auf Erstattung der Dos belangten Ehe-

mannes; nicht zum Besten eines jeden redlichen Schuldners, der sein ganzes Vermögen den Gläubigern abtritt.

Bei dem Unterschiede zwischen

conditio suspensiva und resolutiva

muß man nicht nur eingedenk bleiben, daß derselbe in den Rechtsquellen nicht förmlich aufgestellt wird, sondern auch, daß die Römer das Geschäft für ein purum negotium gelten ließen, wenn blos das Ende desselben von einer Bedingung war abhängig gemacht, mithin blos eine resolutive Bedingung beleibt worden [4]). Die in Absicht auf den Anfang, den Eintritt, bedingten Geschäfte sind die eigentlichen conditionalia negotia des Römischen Rechtes.

§. 4.

Der Schlendrian gar häufig, und der Unverstand nicht selten, hat eine Menge von Ausdrücken eingeführt und beibehalten, welche von der Art sind, daß ihr Gebrauch entweder von keinem Bedürfnisse geboten wird, oder wohl gar große Misverständnisse möglich macht.

Von keiner Exception liest man häufiger, als von der so genannten

exceptio non fundatae intentionis, deficientis fundamenti agendi, non competentis actionis,

und gleichwohl ist eine solche Exception ein Unding. Fehlt es an einem Klagegrunde, ist die Klage an sich unbegründet: so ist eine exceptio im Römischen Sinne ganz überflüssig, eben weil der Zweck einer Exception nur darin besteht, eine an sich begründete Klage hinfällig zu machen, sei es ganz oder theilweise, für jezt oder auf immer. Auch setzt jede Einrede eine selbstständige Thatsache voraus, die der Beklagte behauptet, um die Einrede zu begründen. Die Ausführung, daß es der Klage an einem Fundamente mangle, ist gar keine exceptio. Hat aber der Kläger einen an sich

---

4) 2. pr. D. 18, 2. de in dein add.

zulässigen Klagegrund angegeben, der Beklagte jedoch die Wahrheit der dazu gehörigen Thatsachen geläugnet: so ist freilich eine verneinende Einlassung, aber keine Exception vorhanden. Das Abläugnen mit der exceptio deficientis fundamenti agendi anzufangen oder zu beschliessen, ist eben so nutzlos als widersinnig.

Querela nullitatis testamenti

ist nichts anderes, als die hereditatis petitio, welche ein Intestaterbe anstellt, jedoch mit der Ausführung, daß ein vom Erblasser errichtetes Testament nichtig sei. Diese Ausführung könnte gemeinhin aus der Klage wegbleiben; der klagende Intestaterbe könnte die Exception des Beklagten aus dem Testamente erst abwarten, und darauf in der Replik antworten. Auf keinen Fall läßt sich die in der Klage unternommene Nachweisung oder Begründung der Nichtigkeit des Testaments aus einem andern Gesichtspunkte betrachten, als aus dem einer anticipirten Replik, sei es nun, daß der Grund der Exception, ein gültiges Testament, abgeläugnet wird, oder sei es, daß der Kläger dagegen eine eigentliche replicatio, eine exceptio exceptionis, vorschützt. Eine actio nullitatis testamenti giebt es nicht; immer nur eine hereditatis petitio, qualificata genannt, wenn sie die Anfechtung eines Testamentes enthält.

Eigenthum, dominium an einer Forderung, ist eine durchaus verwerfliche Bezeichnung. Von der Zuständigkeit, dem Erwerb, dem Uebergang einer Forderung, kann man sprechen; wer aber das Eigenthum an einer Forderung im Munde führt, muß sich ein Unding, ein dingliches Recht an einem persönlichen Rechte, eine in rem actio wegen einer actio in personam, gedacht haben, oder er wird doch dazu beitragen, Begriffe und Verhältnisse zu verwirren. Gleichwohl reden Richter und Advokaten gar nicht selten von dem Eigenthum an einer Forderung, und, was das Aergste ist, sie ziehen Folgerungen daraus, wenn sie sich jemand mit dem Eigenthume einer Forderung versehen denken. Wenn z. B. ein Schuldner eine ihm zustehende Forderung seinem

Gläubiger eventuell cedirt und die über die Forderung ausgestellte Verschreibung, Obligation, dem Cessionar übergeben hat: so pflegen die Praktiker die Sache so anzusehen, als hätte der Cessionar eventuell das Eigenthum der Obligation erworben. Ist aber die Obligation nicht übergeben: so soll das Eigenthum der cedirten Forderung nicht erworben seyn. Desgleichen, wenn eine Forderung verpfändet und die Obligation dem Pfandgläubiger eingehändigt worden: so soll dieser ein Faustpfand erworben haben.

Man muß hier die Hauptsache von der Nebensache trennen, die Forderung von der Verschreibung über dieselbe, von der so genannten Obligation. Die Cession erfordert zu ihrer Vollendung weiter nichts als einer Seits den Willen des Cedenten, die Forderung zu übertragen, und anderer Seits die Genehmigung des Cessionars. Durch diese Uebereinkunft wird der Cessionar, in seinem Verhältnisse zum Cedenten, der rechte Gläubiger der cedirten Forderung. Soll aber der cedirte Schuldner dem Cessionar verbindlich werden: so ist zugleich die Anzeige an den Schuldner nothwendig, daß die Cession wirklich geschehen sei. Ob jedoch die Uebergabe der Obligation oder Verschreibung erfolgt ist, oder nicht, das bleibt für den Rechtsbestand oder die Perfektion der Cession gleichgültig; eben weil die Verschreibung weiter nichts ist, als eine Nebensache, ein Beweismittel der Forderung. Wenn z. B. nach der Cession und der dem cedirten Schuldner gemechten Anzeige der Cedent die Obligation in Händen behalten, sodann eine zweite Cession vorgenommen und dem zweiten Cessionar die Obligation übergeben hätte: so leidet es kein Bedenken, daß der erste Cessionar dennoch der rechte Gläubiger des cedirten Schuldners bleibt.

Eben so wenig kann ein Faustpfand durch den Versatz eines Schuldbriefes entstehen. Das Faustpfand setzt Besitz voraus; an einer Forderung aber ist ein Besitz, wenigstens nach gemeinem Rechte, ganz unmöglich. Wohl kann an der Verbriefung, der Obligation, ein Besitz Statt finden; allein

ein solcher Besitz entscheidet nichts in Betreff der verpfändeten Hauptsache, der Forderung, weil der Schuldschein nichts ist, als ein Beweismittel der Schuld, nichts als eine Nebensache. Wollte man hier ein Faustpfand an der Forderung selbst annehmen: so würde man die Nebensache in die Hauptsache verwandeln.

Es giebt nur eine Ausnahme, nämlich in Betreff der Obligationen, welche auf den Inhaber lauten; denn eine solche Obligation ist die Hauptsache, indem an ihren Besitz die ganze Forderung geknüpft ist; sie macht Tradition und Besitz möglich und nothwendig, damit der Cessionar Eigener der Obligation und folgeweise der rechte Gläubiger wegen der Forderung selbst werde.

§. 5.

Während in der neuern Zeit wider die unklassischen Kunstwörter der Krieg geführt wurde, entstanden neue Ausdrücke und Redensarten, die, wenn auch nicht immer an sich verwerflich, doch eben so wenig auf die Geltung in unserer Wissenschaft Anspruch haben. In der Schule mögen die neuen Kunstwörter Eingang finden, aber der Richter, wenigstens so oft er zu den Parteien redet, sollte sich derselben nicht bedienen, zumal es überhaupt selten nützlich, und noch seltener nothwendig ist, in das Leben die neue Sprache der Schule einzuführen.

Ein Hannöversches Amt erkannte 1829 auf den Beweis des juristischen Besitzes. Ganz abgesehen davon, wie es möglich war, statt aus den behaupteten Thatsachen die Beschaffenheit des vorgeschützten Besitzes zu entnehmen, annoch auf den Beweis des juristischen Besitzes zu erkennen, verdient der Gebrauch dieses Ausdruckes Tadel. Ein älterer Richter würde sich anders ausgedrückt haben; der Koncipient des Urtheils war ein junger Mann, der dem lezten Jahrzehend seine Bildung verdankte. Der eine von beiden Proceßführern war ein Geschäftsmann, welcher, nach

seinen Vorträgen zu urtheilen, sein Studium der Rechtswissenschaft nicht ungründlich betrieben hatte; aber G. L. Böhmer, Claproth, Pütter, und ihre Zeitgenossen, mogten seine Lehrer gewesen seyn; daher war ihm der juristische Besitz unklar, ja so unbegreiflich, daß er um Erklärung dieses Ausdruckes förmlich antrug. Er mogte freilich zu denen gehören, welche mein gelehrter Freund, Hr. Kanzleidirektor Ballhorn-Rosen, in der Vorrede vor seinen eben so gründlichen, als erfindungsreichen Forschungen über das Dominium, offenherzig apostrophirt: „Ihr praktischen Juristen von leider dem größten Haufen, seit Ihr die Akademie verlassen, habt Ihr Euch nur mit Euren Kompendien, mit den nachgeschriebenen Kollegien-Heften, mit Euren Sammlungen von Rechtsfällen und dergleichen Büchern beholfen" ꝛc. Doch bleibt es einem ältern Praktiker immer verzeihlich, den neuern oder neuesten Sprachgebrauch der Schule nicht zu kennen, dafern er nur mit dem Ausdrucke der Quellen vertraut ist. In unserm Falle durfte das Gericht voraussetzen, der rechtsgelehrten Partei werde der Unterschied zwischen einer possessio, die zu den Interdikten berechtigt, und einer bloßen naturalis possessio bekannt seyn; aber man mutete ihr doch zu viel an, wenn man derselben die Kenntniß des Ausdrucks: juristischer Besitz, beimaß. Eine blos doktrinelle Terminologie hat gar keinen Anspruch darauf, daß man sie sich aneigne, mag sie auch eine noch so achtbare Autorität, wie die unseres Savigny's sonder Zweifel ist, für sich haben.

§. 6.

Dieser Name erinnert mich an die Bemerkung, daß einem genialen Manne kein neuer Ausdruck entschlüpft, der nicht von einer unendlichen Reihe gedankenloser Nachsprecher aufgeschnappt und wieder gegeben würde. Wer den Meister an Vollkommenheit nicht zu erreichen vermag, der wähnt

doch, ihm nahe zu stehen, wenn er die Fehler annimmt [5]). Seitdem der Vf. des „Berufs unserer Zeit für Gesetzgebung" von leitenden Grundsätzen gesprochen, giebt es fast gar keine Grundsätze mehr, welche stützen, oder tragen, oder fest stehen; fast alle Grundsätze sind von beweglicher Beschaffenheit, sie haben den Haufen junger Schriftsteller in's Schlepptau genommen und bugsiren oder segeln mit ihnen davon. Die so am Leitseile der Grundsätze fortgeschleppt werden, haben wohl nicht bedacht, daß Savigny's leitende Grundsätze weiter nichts sind, als die feste Punkte in der Geometrie, worauf die Benennung leitende Grundsätze vielleicht sich anwenden ließe. Nur hätte der Reiz der Neuheit des Ausdruckes nicht verführen sollen, die leitenden Grundsätze bei jeder Gelegenheit im Munde zu haben, da Grundsätze ihrer Natur nach in Ruhe sich befinden, und nur stützen oder tragen, aber nicht das Bild der Beweglichkeit gestatten, das Lenken, Leiten, die Bewegung in's Weite. Diese leitenden Grundsätze heraus zu fühlen und von ihnen ausgehend den innern Zusammenhang und die Art der Verwandtschaft aller juristischen Begriffe und Sätze zu erkennen, rechnete Savigny zu den schwersten Aufgaben unserer Wissenschaft. Wie Viele sind seitdem bemüht gewesen, Grundsätze heraus zu fühlen! Die guten Leute, denen die Mutter Natur nicht viel mehr als Gliedmaaßen und Werkzeuge zum Betasten verliehen hat, müssen Savigny'en Dank für die Belehrung wissen, daß man Grundsätze heraus fühlen könne. Was war man doch ehedem schlimm daran,

---

[5]) Bei Shakspear heißt es von Percy:

. . . . Er war der Spiegel,
Wovor die edle Jugend sich geschmückt.
Wer seinen Gang nicht annahm, war gelähmt,
Und Stottern, was ein Fehler der Natur
Bei ihm, ward der Accent der Tapfern nun.

Heinrich IIII. Th. 2.

als es nicht genügte, in unserer Wissenschaft die Grundsätze blos heraus zu fühlen, vielmehr erfordert wurde, sie anschaulich aufzudecken, wenn man sich den Ruhm der Erfindung aneignen wollte! Damals war es in der That keine leichte Mühe, Grundsätze zu finden, die jezt jedermann so leicht heraus fühlt. Was wir jedoch durch den Sinn des Gefühls in der Bearbeitung unserer Wissenschaft gewonnen haben, ist an dem Sinne des Gesichts wieder eingebüßt. Dem großen Haufen, sollte man fast glauben, säßen entweder die Augen rückwärts, oder er drehete sich doch erst um, wenn er etwas sehen wollte, statt den Blick vorwärts zu richten. Sonst war es Pflicht, die Justiz ohne Ansehen der Person auszuüben; jezt geschieht es ohne Rücksicht, oder gar ohne Berücksichtigung der Person [6]). Wenn ehedem etwas in Erwägung gewisser Umstände geschah: so thut man es jezt in Rücksicht auf dieselben. Und was unsere Aeltern wegen oder in Betreff gewisser Dinge vortrugen, das wird heutiges Tages in Rücksicht derselben gesagt. Ja, man sollte fast meinen, in unserer Sprache gäbe es keine Präpositionen, die den Gebrauch von rücksichtlich oder hinsichtlich entbehrlich machten; so häufig werden, gegen alle Gesetze unserer Sprache, diese adverbalischen Wörter jezt für Präpositionen genommen. Deutsche Klassiker stehen diesem Gebrauche nicht zur Seite; Savigny, der „die Sprache nicht als eine gemeine Geräthschaft, sondern als Kunstmittel betrachtet", würde schwerlich sich der Ausdrücke rücksichtlich und hinsichtlich als Präpositionen bedienen, und wenn Feuerbach es einige Male gethan hat: so ist es gewiß nur im raschen Laufe seiner Rede geschehen.

---

[6]) Es giebt kaum ein anderes Wort in unserer Sprache, welches fehlerhafter gebildet wäre, als das in der neuesten Zeit aufgekommene Wort Berücksichtigung.

55.

Darf der Kriminalrichter ein Exempel statuiren?

Wenn geraume Zeit die Priester der Gerechtigkeit gegen gewisse Vergehen die Augen zugedrückt haben, bald aus Schwäche oder Trägheit, bald aus Begünstigung der Strafwürdigen, bald aus Nachsicht gegen die verbotene Handlung selbst: so fällt es ihnen bisweilen urplötzlich ein, exemplarisch zu strafen. Neun und neunzig Mal vielleicht ist ein Verbrechen gewisser Art in einem gewissen Lande begangen und geahndet, ohne besondere Aufmerksamkeit zu erwecken; aber der hundertste Fall verletzt gerade einen angesehenen Mann an Leib, Ehre, oder Vermögen. Nun begehrt er, ein Exempel zu statuiren. Einem öffentlichen Blatte wird ein Kriminalfall als merkwürdig für das große Publikum mitgetheilt, obgleich er, von der rechtlichen Seite betrachtet, gar nichts Sonderliches enthält. Die Wortführer nehmen von der Publicität Veranlassung, zu versichern, die ganze Welt sei auf den Ausgang gespannt; sie erwarte, daß ein Exempel statuirt werde. Der Zufall bringe höhern Orts ein gewisses Verbrechen zur Sprache; gleich wird dem Richter die Pflicht auferlegt scheinen, mit aller Strenge zu verfahren und ein Exempel zu statuiren.

In solchen und ähnlichen Fällen wird eine exemplarische Bestrafung beabsichtigt, eingeflüstert, erwartet, befohlen, ohne daß es jemanden einfällt, daß dieselbe in dem Sinne, wie man sie versteht, dem Richter gar nicht erlaubt ist. Wegen eines jeden Vergehens wird der Thäter „sich selbst zur wohlverdienten Strafe, Andern aber zum abschreckenden (oder warnenden) Beispiel" verurtheilt, wie es die peinliche Halsgerichts-Ordnung vorschreibt. Aber in keinem andern Sinne darf der Richter ein Exempel statuiren.

Wäre eine gewisse Art von Vergehen eine Zeit lang ungerügt geblieben, wie es hier und da zumal in Betreff der Polizei-Uebertretungen, der akademischen Disciplinar-Vergehen und anderer geringen Arten von Verbrechen der Fall seyn mag: so kann die That, welche nun zur Untersuchung gezogen wird, entweder gar keine, oder eine blos milde Ahndung verdienen. Gar keine Ahndung, wenn eine Bestrafung der Vergehen derselben Art schon seit so langer Zeit unterblieben ist, daß die deshalb gegebenen Gesetze außer Gewohnheit gekommen sind. Wäre kein so langer Zeitraum verflossen: so muß doch die Straflosigkeit, welche die Thäter in ähnlichen Fällen eine gewisse Zeit hindurch erfahren, in billige Erwägung kommen, eben weil aus dem zeitherigen Benehmen der Obrigkeit, worin den Unterthanen eine augenfälligere Richtschnur vorgezeichnet ist, als in dem Inhalte weitläuftiger, ihnen unzugänglicher Gesetzbücher und Rechtssammlungen, der Thäter die Hoffnung schöpfen durfte, straflos zu bleiben. Hat die Obrigkeit pflichtwidrig gehandelt, was der große Haufe nicht zu beurtheilen vermag: so schärfe die Gesetzgebung die Anwendung vernachlässigter Strafgesetze auf's Neue ein. Nur entgelte es nicht derjenige, welcher während der Zeit, da diese Gesetze von der Obrigkeit unbeachtet blieben, wider dieselben gesündigt hat.

Macht man die Bemerkung, daß gewisse Verbrechen überhand nehmen: so wähnt manches Gericht, es müsse anfangen, schärfer zu strafen, ein Exempel zu statuiren, weil die bisherige Art der Bestrafung nicht nachdrucksvoll gewesen sei. Als ob es dem Richter zukäme, die durch Gewohnheit hergebrachte Art der Anwendung eines Gesetzes zu ändern! Von der Gesetzgebung allein kann man in solchen Fällen schärfere Maaßregeln erwarten.

Daß der Richter sich durch kein Ansehen der Person, durch keine Art von Einflüsterung, durch keine Furcht vor irgend einer Ungnade und dergleichen, bestimmen lassen dürfe, über die Gränzen einer bisher üblichen Strafverfügung hin-

aus zu schweifen, das ist kaum nöthig anzudeuten. Zumal in unsern Tagen, wo die Publicität irrige wie rechte Meinungen gleich weit und schnell verbreitet und öfters eine augenblickliche Herrschaft des Irrthums über die Wahrheit geltend macht, ist es des Richters angelegentlichste Pflicht, seine richterliche Haltung und Würde dadurch zu behaupten, daß er im Strome der Meinungen und im Gedränge der Parteien unbeweglich erscheint. Das Toben der Ultra's, mögen sie für den Despotismus und Absolutismus, oder für konstitutionelle Verfassung kämpfen; das fanatische Geschrei der religiösen Parteien, mögen sie für den Protestantismus, oder für die katholische Kirche streiten, schimpfen sie sich Ultramontaner, Papisten, Römlinge, oder Atheisten, Deisten, Apostaten, Häretiker, heissen sie Supranaturalisten oder Rationalisten, Rechtgläubige oder Irrgläubige; die heimlichern Umtriebe der Jesuiten, wie der Mystiker; die Posaune der Wissenschaftsmänner; das Alles müsse des Richters feste Stellung nicht im Mindesten erschüttern. Am wenigsten darf derselbe, aus dem bisher gezogenen Kreise heraustretend, und dem Streben der einen oder andern politischen, religiösen, philosophischen, oder auch juristischen Partei nachgebend, ein Exempel statuiren.

56.

Wer beurtheilt eine Thatsache richtiger, ein Geschwornengericht? oder ein Richterkollegium auf Vortrag eines Referenten? Merkwürdige Beispiele der widersprechendsten Würdigung von Kriminalfällen.

Es liegt gar nicht in meiner Absicht, mich darüber hier auszusprechen, ob das Geschwornengericht einen Vorzug vor solchen Gerichten verdiene, die auf den Vortrag eines Referenten entscheiden. Nur mögte ich bemerklich machen, wie wenig es in diesem Streite wider die Jury spricht, wenn man aus öffentlichen Blättern einige Fälle einer anstößig scheinenden Beurtheilung der Geschwornen hervorhebt. Irrthum bleibt immer möglich, spreche eine Jury auf mündliche Verhandlung, oder ein Richterkollegium nach Anhörung eines Referenten aus schriftlichen Akten. Nur darauf kommt es an, welche Einrichtung am meisten Wahrheit und Recht umzukehren drohe. Dieses zu ermessen, dazu dient die Erfahrung sonder Zweifel eben so wohl, als eine philosophische Erörterung. Den Gegnern der Geschwornen kömmt die Oeffentlichkeit und Preßfreiheit zu Statten, welche in den Ländern, wo Geschwornengerichte sich finden, alle schlechten oder schlecht scheinenden Urtheile dem Publikum bekannt macht. Sündigen oder fehlen die rechtsgelehrten Referenten nicht in gleichem Maaße? Das verneinen gar viele mit einer Zuversicht, die öfters nur darin ihren Grund haben kann, daß die Erfahrung sich auf einen kleinen Kreis beschränkt und daß bei uns die schlechten Urtheile auf abgestattete Relation nicht in den Zeitungen kund werden, wie in England und Frankreich. Um solchen einseitigen Beurtheilern ihren Wahn

zu nehmen, zugleich aber und hauptsächlich, um zu einer sorgfältigen Korrelation oder einer andern zweckmäßigen Aufsicht über die Referenten aufzufordern und dadurch die Treue eines aus den Akten entlehnten Vortrages, was insbesondere die Thatsachen betrifft, mehr und mehr zu sichern, mögen hier aus meiner Erfahrung drei Fälle einer widersprechenden Beurtheilung aus Kriminalakten Platz finden. Jeder wird einsehen, daß die hier folgenden Urtheile entweder aus einer falschen Würdigung von Thatsachen, die dem Kollegium vorgetragen waren, oder aus einer ungetreuen Referirung von Thatsachen, hervorgegangen sind, daß sie aber keineswegs auf einer Kontroverse über Rechtsfragen beruhen.

Das Spruchkollegium zu . . . erkannte wegen kulposer Tödtung auf zweijährige Zuchthausstrafe. Hingegen die . . . Fakultät, von dem Landesherrn des Thäters um ihr Gutachten befragt, war einstimmig der Meinung, es sei ein vorsätzlicher Todtschlag zu bestrafen und deshalb auf Enthauptung zu erkennen gewesen.

Ein . . . Obergericht verurtheilte wegen eines eingestandenen und überwiesenen Meineides zu einer dreimonatlichen Zuchthausstrafe. Auf die gegen dieses Urtheil eingereichte Defensionsschrift erkannte die . . . Fakultät (Febr. 1818) für Recht, daß dasselbe nichtig und der Inkulpat von fernerer Untersuchung frei zu sprechen sei.

Wegen Fälschung denunciirt, wurde ein . . . Beamter nach geschlossener Untersuchung von der Juristenfakultät zu Berlin (laut des am 12. Jan. 1813 eröffneten Erkenntnisses) verurtheilt: daß er mit einer einjährigen Festungsstrafe zu belegen, auch die Kosten der Untersuchung allein zu tragen schuldig sei. Aus Gründen, die nicht hierher gehören, ruhete die Sache jahrelang, obgleich der Verurtheilte Rechtsmittel wider dieses Erkenntniß ergriffen und eine Nichtigkeitsbeschwerde eingereicht hatte. Späterhin wurden die Akten nach Erlangen

verschickt und das von der dortigen Fakultät eingeholte, am 10. Juni 1823 eröffnete Erkenntniß lautete wörtlich: „daß Denunciat nicht, wie in dem am 12. Jan. 1813 eröffneten .... Urtheile enthalten, mit einer einjährigen Festungsstrafe ... zu belegen, sondern daß Denunciat wegen des Verdachts einer verübten Fälschung von der Instanz zu absolviren, im übrigen aber, daß es bei dem erwähnten vorigen Urtheil sein Verbleiben hat, und Denunciat auch die Kosten der Akten-Transmission und des gegenwärtigen Urtheils allein zu tragen, resp. zu erstatten schuldig." Auf weitere Vertheidigung aber erkannte unsre Fakultät für Recht: „Daß .... der Denunciat und Inkulpat von der Anschuldigung einer, zum Nachtheil seines Schwagers und Denuncianten B... verübten, Fälschung oder Betrügerei in Ansehung des fraglichen Wechsels von 2000 Rthl., völlig frei zu sprechen, daneben auch mit dem Ersatze der auf die Untersuchung verwandten Kosten ... zu verschonen sei."

In keinem dieser drei Fälle hatte sich bei dem zweiten oder dritten Spruch die Lage der Sache seit dem ersten Urtheile geändert; also z. B. keine neuen Zeugen, keine neuen Urkunden u. d. gl. hatten auf das folgende Erkenntniß Einfluß gehabt. Näher den grellen Abstand jener Urtheile zu erklären, enthalte ich mich billig. Hier kommt es ja nicht darauf an zu wissen, welches Kollegium richtig gesprochen habe.

57.

Ueber die Vergreifung eines Staatsdieners an amtlich erhobenen Geldern.

§. 1.

Behuf Verpflegung feindlicher Truppen war eine Lieferung von Ochsen ausgeschrieben. Die Eingesessenen des Amtes . . . lieferten ihren Antheil durch Unternehmer. Die diesen gebührende Bezahlung hatte das Amt zum Theil beitreiben lassen, und zwar auf administrativem Wege. Der Amtsregistrator hatte die Gelder, über 1400 Rthlr., erhoben. In den Amts-Depositenkasten waren sie nicht gekommen. Als nun höhern Orts verfügt wurde, daß die beigetriebenen Gelder den Unternehmern der Ochsenlieferung sofort sollten ausgezahlt werden, ergab es sich, daß der Oberbeamte sich diese Gelder von dem Registrator hatte aushändigen lassen. Von einigen der Lieferanten hatte der Oberbeamte, während die ganze Angelegenheit noch nicht zum völligen Abschluß reif schien, die Erlaubniß erhalten, sich ihres Antheils vor der Hand zum eigenen Gebrauche zu bedienen; die meisten, und gerade diejenigen, denen der größte Antheil zukam, hatten eine solche Erlaubniß oder Kreditirung abgelehnt. Nun war der Oberbeamte nicht blos auffer Stande die fehlende Summe sogleich zu ersetzen, sondern auch, für die künftige Erstattung Sicherheit zu beschaffen. Es entstand die Frage, welches Vergehen demselben zur Last falle und mit welcher Strafe er zu belegen sei? Wobei noch zu bemerken, daß die von den Lieferanten belangte . . . Kammer von der Verbindlichkeit, die Gelder zu ersetzen, deshalb frei gesprochen war, weil diese Gelder nicht als ein Depositum betrachtet wurden.

§. 2.

Daß in diesem Falle eine grobe Verletzung der Amts- oder Dienstpflicht anzutreffen war, unterlag keinem Bedenken. Als Oberbeamter wäre der Inkulpat verpflichtet gewesen, die durch obrigkeitliche Hülfe beigetriebenen Gelder, wenn die sofortige Vertheilung unter die Lieferanten nicht möglich gewesen wäre, zur sichern Aufbewahrung zu bringen; war jedoch die Vertheilung sogleich zulässig: so hätte selbige geschehen sollen. Die amtlich beigetriebene Summe zu seinem Privatnutzen zu verwenden, lief wider die Amtspflicht.

Außerdem hatte sich der Inkulpat der Vergreifung an anvertrauetem Gute schuldig gemacht, in Gemäßheit der P. H. O. Art. 170:

„Item, welcher mit eyns andern güttern, die jm im gutten glauben zu behalten und verwaren gegeben sein, williger und geverlicher weiß, dem glaubiger zu schaden handelt, solch missethat ist eynem diebstall gleich zu straffen."

Die hier aufgestellten Erfordernisse traf man in unserm Falle sämmtlich an. Zur Verwahrung waren die fraglichen Gelder dem Inkulpaten wirklich gegeben; denn vermöge seines Amtes hatte er dieselben beitreiben und von dem ihm untergeordneten Amtsregistrator sich aushändigen lassen, und vermöge seines Amtes mußte er sie so lange verwahren oder für die Verwahrung so lange sorgen, bis die Vertheilung unter die Lieferanten geschehen konnte, oder bis irgend ein Anderer ausgemittelt wurde, dem die Gelder gebührten. Dabei ist es einerlei, ob man die Sache so ansieht, als wenn die bezahlenden Schuldner den guten Glauben der sichern Verwahrung und demnächstigen Verwendung gehegt hätten, oder als wenn von Seiten des Staates ein solches Vertrauen dem Inkulpaten bezeigt wäre. Beides war der Fall. Denn der Staat vertrauet seinen Dienern, namentlich

den gerichtlichen Beamten, die getreue Verwaltung der ihnen obliegenden Geschäfte, und eben dieses Zutrauen zu hegen, sind die Unterthanen schon durch die vom Staate verfügte Anstellung angewiesen. Ob es übrigens deponirte Gelder im engern Sinne waren, macht hier nichts aus. Gewiß bleibt es, daß dem Inkulpaten als Beamten und Richter die Pflicht oblag, für die sichere Verwahrung amtlich erhobener Gelder bis zur Auszahlung an die Berechtigten Sorge zu tragen, mogte nun zu diesem Zweck eine Deposition in den Amtskasten nothwendig seyn, oder die Aufbewahrung durch ein einzelnes Mitglied des Amtes genügen, wie eine solche, seit der Auslieferung durch den Amtsregistrator, der Inkulpat übernommen hatte.

Daß ferner den Gläubigern zum Schaden gehandelt war, leuchtet ohne Weiteres ein, indem der Inkulpat die Summe zu seinen Zwecken verbraucht, also über die Proprietät verfügt hatte. Ein bloßes furtum usus ist hier undenkbar, weil der usus bekanntlich nur an solchen Sachen Statt finden kann, die sich gebrauchen lassen, ohne sie zu verbrauchen; Geld aber ist eine fungible Sache. Im vorliegenden Falle war der Schaden um so beträchtlicher, als der Inkulpat das Geld verbraucht hatte, ohne im Stande gewesen zu seyn, eine gleiche Summe wieder zu geben. Aber nicht allein den Lieferanten war zum Schaden gehandelt, sondern auch dem Amte selbst. Denn wenn gleich die Kammer nicht schuldig befunden ist, die fraglichen Gelder zu ersetzen, und wenn man auch nicht in Anschlag bringen wollte, daß die Kammer durch die Widerwärtigkeiten mehrjähriger Processe, in welchen der siegende Theil nicht einmal alle seine Kosten ersetzt zu erhalten pflegt, sonder Zweifel Einbuße erlitten hat: so wird doch dem Amte, welches der Inkulpat bekleidete, in seinem Ansehen und in dem so nöthigen Vertrauen in die redliche Ausübung der Gerechtigkeit kein geringer Nachtheil zugefügt, wenn die dem Beamten

als solchem eingehändigten Gelder angegriffen und zu Privatzwecken verwandt werden.

Endlich hatte der Inkulpat ohne Frage **williger** und **gefährlicher Weise** den Gläubigern zum Schaden gehandelt, d. h. mit **Vorsatz**, und nicht aus bloßer Fahrlässigkeit, die fraglichen Gelder zu seinem Vortheile angegriffen.

Daß übrigens eine **Verheimlichung** müsse Statt gefunden haben, um in die Strafe des Art. 170 der P. G. O. zu verfallen, läßt sich auf keine genügende Art behaupten. Eine Verheimlichung erfordert dieser Art. 170 weder ausdrücklich, noch ist selbige durch die Natur der Sache begründet. Eine Verheimlichung in Betreff der anvertraueten Sache müßte freilich hinzukommen, wenn das Verbrechen in eine **Betrügerei** übergehen sollte [1]). Aber um die Strafe des Art. 170 zu verdienen, ist die Verheimlichung kein Erforderniß, sondern nur die absichtliche und schädliche Vergreifung an dem anvertraueten Gute. Daher auch die angesehenern Kriminalisten die Verheimlichung zu keinem besondern Erforderniß machen, damit jemand in die Strafe der Veruntreuung (interversio) verfalle [2]).

§. 3.

Die Bestrafung anlangend: so hatte das Berliner Spruchkollegium (1812) auf **einjährigen Festungsarrest** und **Entsetzung vom Dienste** erkannt, und die Erlanger Fakultät (1823) hatte dieses Urtheil bestätigt. Diese Strafe hielt auch unser Kollegium für angemessen.

Wäre der Inkulpat blos als Privatperson der Vergreifung an dem anvertraueten Gute für schuldig erachtet: so

---

[1]) In diesem Sinne ist zu verstehen **Tittmann**, Handb. des peinl. R. III. §. 525.

[2]) Auffer Kress, Comment. in art. 170. C. C. C. s. Meister, Princ. jur. crim. §. 200. **Feuerbach**, Lehrb. des peinl. R. §. 315. **Grolman**, Grundsl. der Krim. R. Wiss. §. 207.

hätte nach dem Art. 170 der Karolina die Strafe des Diebstahls ihn treffen müssen, und zwar, im vorliegenden Falle, des großen Diebstahls. Dabei wäre die Erheblichkeit der veruntreueten Summe und daß zu deren Ersatz keine, wenigstens keine bestimmte Aussicht, vorhanden war, noch besonders in Betracht zu ziehen gewesen. Und wenn schon die ältere Praxis die Veruntreuung viel milder ahndete, als den Diebstahl [3]), auch jezt noch, gewiß aus nicht unerheblichen Gründen, diese Praxis Beifall findet [4]): so würde doch immer noch auf eine beträchtliche Freiheitsstrafe zu erkennen gewesen seyn, wenn man den Inkulpaten auch nur als Privatmann hätte betrachten dürfen.

Derselbe hatte sich jedoch zugleich als Staatsdiener sehr arg vergangen. Darum konnte die Entsetzung von seinem Dienste nicht unterbleiben. Freilich ordnet kein bestimmtes Strafgesetz die Absetzung in dem vorliegenden Falle; auch hat die Lehre von der Unabsetzbarkeit der Staatsdiener in den neuern Zeiten mehr Eingang gefunden. Allein dieses ist doch nur von der willkürlichen Entlassung zu verstehen, und jenes ist unerheblich, da es in der Natur und dem Zwecke des Staatsdienstes liegt, daß derselbe nur von solchen Personen versehen werde, welche mit der Fähigkeit auch den guten Willen verbinden, die ihnen obliegenden Pflichten getreu zu erfüllen. Mit Recht sagt daher Grolman: „Jede Verletzung der Amtspflichten, sie geschehe absichtlich, oder aus Nachlässigkeit, ist strafbare Amtsverletzung. — — Die Strafe der wahrhaft dolosen Amtsverletzung besteht in Kassation, und, bei beeidigten Staatsdienern, eigentlich noch daneben in der Strafe des Meineides" [5]).

Solchemnach war die Absetzung, verbunden mit einjährigem Festungsarreste, wahrlich keine zu harte Strafe.

---

3) Vgl. Kress, ad. art. 170. §. 1.
4) Meister, Princ. jur. crim. §. 200. 213.
5) Grundsl. der Krim. R. Wiss. §. 359.

Aus einem Grunde jedoch, der wohl selten vorhanden seyn mag, verschonte unsre Fakultät den Inkulpaten mit der erkannten Festungsstrafe und bestätigte blos die Absetzung. Seit dem ersten Erkenntnisse waren funfzehn Jahre verflossen; die Sache war jahrelang durch Kabinetsbefehle in Ruhestand versetzt gewesen. Jezt wäre die Vollziehung des Festungsarrestes für den ergraueten Inkulpaten ohne sein Verschulden ein viel drückenderes Uebel geworden, als man bei Abgebung des ersten Erkenntnisses hatte voraussetzen können.

58.

Von der Strafbarkeit des Entwurfs eines hochverrätherischen Schreibens.

§. 1.

Als im Jahre 1813 Mecklenburg dem Bündnisse wider die Franzosen beigetreten war, sollte ein suspendirter Mecklenburgischer Beamter sich des Einverständnisses mit dem Feinde, namentlich der Spionerie, schuldig gemacht haben. Deshalb gerieth er, gleich nach dem Rückzuge des Marschalls Davoust, im September 1813 in Untersuchung. Bei der Versiegelung der Papiere des Inkulpaten fand man den Entwurf eines in Französischer Sprache abgefaßten Schreibens ohne Unterschrift, ohne Datum, ohne Addresse; jedoch von der Hand des Inkulpaten, an einen vornehmen Französischen Staatsdiener gerichtet, und von einem hoch- oder landesverrätherischen Inhalte. Nach der Behauptung des Inkulpaten hatte er die Absicht gehabt, dieses Schreiben demjenigen,

welcher Französischer Seits mit der Organisation Mecklenburgs würde beauftragt werden, etwa dem Staatsrathe Chaban in Hamburg, zu dem Zwecke zu überreichen, um sich den Weg zu Französischen Diensten zu bahnen. Auf jeden Fall, gab er vor, habe er von diesem Schreiben nur dann Gebrauch machen wollen, wenn Mecklenburg mit Frankreich würde vereinigt werden; er habe es im Anfange des Jahres 1813 deshalb entworfen; allein niemals davon Gebrauch gemacht, auch niemand davon in Kenntniß gesetzt. Eine weitläuftige Untersuchung brachte nichts weiter heraus, als daß man sich bei der Versicherung des Inkulpaten, das Koncept sei Koncept geblieben, begnügen mußte.

Die Marburger Fakultät, welche auf peinliche Untersuchung gesprochen, hatte in jenem Entwurfe den Versuch, obgleich nur entfernten Versuch, des Hochverrathes erkannt. Die Erlanger Fakultät, welcher das definitive Erkenntniß oblag, hatte dieselbe Ansicht geltend gemacht, und überdies den Inkulpaten des Versuchs schwerer schriftlicher Beleidigung gegen den Landesherrn und die Landesbehörden für schuldig erachtet. Durch weitere Vertheidigung gelangte die Sache an unsre Fakultät, und so entstand bei uns zunächst die Frage: Ist ein Koncept strafbar? Wäre es nicht strafbar: so bleibt doch noch eine andre Frage, nämlich die: Ist die in einem Koncepte ausgesprochene gefährliche Gesinnung eines Staatsdieners wenigstens nicht ein Grund zur Entlassung aus dem Staatsdienste?

§. 2.

Ist ein Koncept strafbar? Daß bloße Gedanken keine Strafe verdienen, ist durchaus nicht zweifelhaft [1]), vielmehr muß, um den Versuch eines Verbrechens zu ahn-

---

1) Cogitationis poenam nemo patitur, 18. D. 48, 19. de poenis. 1. §. 1. D. 27, 2. de furtis.

den, irgend eine äußere Begebenheit oder irgend ein scheinliches Werk, wodurch der Anfang des Verbrechens sich ankündigt, vorhanden seyn [2]). Ob man aber das bloße Concept eines Schreibens für einen Gedanken zu achten, oder dasselbe als eine äußere Begebenheit, als ein scheinliches Werk, zu betrachten habe, darüber vermißt man in den Rechten eine feste Bestimmung; ja, man muß es bekennen, daß jene Frage, bloß im Allgemeinen aufgefaßt und erwogen, nicht einmal mit jener Zuverlässigkeit, welche eine bündige Analogie in Ermangelung ausdrücklicher Vorschriften gewährt, sich bejahen oder auch verneinen lasse. Denn wenn auf der einen Seite nicht zu verkennen ist, daß auch der bloße Entwurf eines Schreibens in der Sinnenwelt erscheint, mithin Gedanken zu Tage fördert, wenn man also folgern könnte, daß der Entwurf als ein scheinliches Werk, welches zur Vollbringung der Missethat dienlich seyn mögte, zu betrachten und darum für einen strafbaren Versuch zu achten wäre: so giebt es doch auf der andern Seite wieder so mancherlei Umstände, die dafür reden, den bloßen schriftlichen Entwurf nur als einen geheimen Gedanken anzusehen, daß man die entgegen stehende Ansicht für höchst bedenklich und vor dem Richterstuhle für verwerflich halten muß.

Wer seine Gedanken schriftlich darlegt, ohne sie einem Dritten mitzutheilen, bleibt immer noch Herr über dieselben. Er gleicht demjenigen, der ein Selbstgespräch führt, ohne belauscht zu werden; er knüpft noch gar keine bleibende Verbindung zwischen seinen Gedanken und der Aussenwelt; er wirkt nicht auf die Sinnenwelt ein; er gefährdet den recht-

---

2) P. G. O. Art. 178. Item so sich jemandt eyner missethatt mit etlichen scheinlichen werken, die zu volnbringung der missethatt dienstlich seyn mögen, untersteht, umd doch an volnbringung der selben missethat durch andere mittel, wider seinen willen verhindert würde, solcher böser will, darauß etlich werk, als obsteht volgen, ist peinlich zu straffen ꝛc.

lichen Zustand nicht mehr, als wenn er das Gedachte in seinem Innern verschlossen hätte. Nicht einmal behaupten kann man, daß der Entwurf, wenn er weiter nichts ist, als ein Entwurf, einen reifen unabänderlichen Gedanken enthalte. Denn gleich wie jemand, der blos in Gedanken mit einer gewissen Sache sich beschäftigt, seine auf die Vollführung gerichteten Gedanken gewiß nicht sämmtlich als gleich richtig und zutreffend anerkennen und auf der Stelle in Anwendung bringen wird, sobald ihm nur Zeit und Ruhe bleibt, seinen Plan von allen Seiten zu durchdenken, eben so wird derjenige, der seine Gedanken allererst im Entwurfe zu Papier gebracht hat, das Entworfene nicht sofort für richtig, angemessen, und als leztes Ergebniß seines Nachdenkens halten; vielmehr wird es sich allererst durch das Mundiren des Entwurfes entscheiden, ob und in wie fern das Entworfene von dem Verfasser schließlich ist anerkannt worden.

§. 3.

Der schriftliche Entwurf verhält sich demnach wie ein Bewahrer geheimer Gedanken. Eine solches Verhältniß nehmen auch angesehene Rechtsgelehrte an. Schriften, die noch nicht aus dem Gewahrsame ihres Urhebers gekommen sind, erachtet Mittermaier durchaus für straflos. Nach ihm ist es nämlich „von selbst klar, daß eine bloße Verkörperung des Gedankens in Schriftzeichen nicht als eine äußerlich erkennbare Handlung betrachtet werden könne, die doch zu einem jeden Verbrechen, selbst zu dem Versuche eines Verbrechens, erfordert wird" [3]). Mittermaier also sieht die bloße Verkörperung des Gedankens so gewiß als unsträflich an, daß er nicht einmal die Gründe für diese Ansicht näher darzulegen für nothwendig hält. Auch macht er keinen Unterschied zwischen einer blos entworfenen und einer be-

---

[3]) Mittermaier, Beiträge zur Lehre vom Verb. des Aufruhrs, im N. Archiv des Krim. R. II. S. 562.

reits mundirten Schrift; beide werden für unsträflich erachtet, so lange sie nicht aus dem Gewahrsam ihres Urhebers gekommen sind. Daneben ist es auch gewiß, daß diese Ansicht nicht zu denen gehört, wovon Mittermaier späterhin eingeräumt, er sei im Generalisiren zu weit gegangen [4]), ein Geständniß, welches in den Gründen des oben angef. Erlanger Urtheils besonders hervorgehoben wurde. Dieses Geständniß Mittermaier's bezieht sich auf eine andre Abhandlung, nämlich auf die über den Anfangspunkt der Strafbarkeit der Versuchshandlungen, in Ansehung welcher Abhandlung er von Ørsted [5]) einigen Tadel erfahren hatte.

Noch weiter geht Carnot, ein sehr geachteter Französischer Kriminalist. In Ermangelung von Vorschriften der Französischen Gesetzgebung, wird von ihm die Frage über die Sträflichkeit eines Entwurfes ebenfalls nach allgemeinen Gründen, obwohl eben so kurz, wie von Mittermaier, beantwortet. Carnot hält ein Manuskript, als einen blos geschriebenen Gedanken, selbst dann für straflos, wenn der Verfasser dasselbe einem Freunde unter dem Siegel der Verschwiegenheit zur Beurtheilung mitgetheilt hat [6]).

Selbst Cropp, worauf die gelehrten Erlanger vorzüglich sich bezogen hatten, kann füglich nur von mundirten Briefen verstanden werden, wenn er als strafbaren Versuch eines Einverständnisses mit dem Feinde das Beispiel gebraucht: si literas composuisse deprehensus sit, etiam

---

[4]) N. Archiv des Krim. R. IIII. S. 104.

[5]) Grundregeln der Strafgesetzgebung S. 170 ff.

[6]) Carnot, Commentaire sur le Code pénal, ad art. 2. Nach ihm darf keine Untersuchung angestellt werden gegen den „Auteur, dont on se serait permis de saisir le manuscrit, qu'il n'aurait pas encore livré à l'impression, lors même qu'il l'aurait communiqué à quelques amis, sous le sceau du secret, pour avoir leur avis snr son mérite ou sur ses consequences: ce ne serait encore, en effet, que la pensée écrite de l'auteur."

si tabulario eas nondum dederit [7]). Denn er zeichnet als unerheblich nur den Umstand aus, daß der Brief noch nicht zur Beförderung abgegeben sei. Sollte die Stelle von einem bloßen Entwurfe verstanden werden: so wäre anzudeuten gewesen, daß es auf das Mundiren oder die Reinschrift nicht ankomme.

Tittmann endlich, von der Erlanger Fakultät gleichfalls in Bezug genommen, spricht sich durchaus nicht über unsere Frage aus. Er redet von abgeschickten, aber bei der Behörde noch nicht angekommenen Briefen [8]).

§. 4.

Bisher ist blos im Allgemeinen die Frage über die Sträflichkeit eines Koncepts in Erwägung gezogen und darnach dürfte es unbedenklich erscheinen, den bloßen schriftlichen Entwurf eines verbrecherischen Schreibens für einen rechtlich strafbaren Versuch nicht gelten zu lassen, darum, weil kein Gesetz denselben für sträflich erklärt; weil ferner ein Koncept seinem Wesen nach, nichts weiter ist als ein unreifer, der Misbilligung des Koncipienten annoch frei gestellter Gedanke; weil von dieser Ansicht gleichfalls angesehene Kriminalisten eingenommen sind; und weil endlich, wäre wirklich die Sache nicht ohne Bedenken, dennoch die gelindere Beurtheilung da, wo es auf Bestrafung ankommt, den Vorzug verdient.

Insbesondere aber vereinigten sich in dem vorliegenden Falle noch mehrere Umstände, um den in Frage befangenen Entwurf für keinen strafbaren Versuch des Hochverrathes zu achten. Doch dieses gehört nicht zu unserer, blos allgemein aufgestellten Frage [9]).

---

[7]) Cropp, de praeceptis juris Rom. circa puniendum conatum delinquendi, Sect. II. p. 17.

[8]) Tittmann, Handb. der Strafrechtswiss. II. §. 359. Not. t.

[9]) Die Kriminalsache, welche zu der obigen Frage Veranlassung

§. 5.

Gesetzt indessen, der Koncipient wäre ein Staatsdiener und die in dem Koncepte dargelegte Gesinnung wäre von so gefährlicher Art, daß sie das Vertrauen des Landesherrn oder der Regierung aufheben müßte: dürfte dann nicht die Entlassung des Koncipienten begründet seyn? Die Bejahung rechtfertigt sich gar leicht. Jede Beförderung zum Staatsdienste kann nur unter der Voraussetzung erfolgen, daß der Angestellte außer der nöthigen Befähigung auch den guten Willen habe, sein Amt pflichtmäßig zu verwalten, und überhaupt dem Landesherrn und seiner Regierung eben so treu, hold und ergeben, als gehorsam zu seyn. Sobald aber auf irgend eine Weise bekannt wird, daß der Beamte damit umgehe, nach Zeit und Gelegenheit untreu, verrätherisch, pflichtvergessen zu handeln: so ist es unmöglich, daß das Zutrauen des Staates fortdaure, sollte auch bisher mit der Ausführung der schlechten Pläne weder ein Anfang gemacht, noch dieselben anders als auf dem Papiere in einem Entwurfe vorhanden seyn. Dürfte es dem Staate zugemutet werden, zu warten, ob die schlechte Gesinnung sich irgend einmal bethätige? Auf zweierlei Umstände jedoch wird man vernünftiger Weise Rücksicht nehmen. Die in einem Koncepte erkennbaren schlechten Gedanken müssen auf einen gewissen Grad der Ernstlichkeit schliessen lassen, so daß sie in einem gewissen Grade die eigentliche Gesinnung des Koncipienten enthalten und nicht als ein leeres Spiel der Phantasie, oder als die Darstellung eines blos vorübergehenden Zustandes der Seele, erscheinen. Sodann ist, wenn schon

---

gab, betraf vielfache Anschuldigungen; sie war wegen des Verfahrens eben so merkwürdig, als wegen der That- und Rechtsfragen. Die aus zwei und sechszig Bund Akten erwachsene Relation dürfte die allgemeine Aufmerksamkeit der Kriminalisten in Anspruch nehmen. Aber es scheint noch nicht an der Zeit zu seyn, dem Publikum den ganzen Fall vorzutragen.

in einem gewissen Grade die Gesinnung ernstlich gewesen wäre, auf das spätere Benehmen des Koncipienten zu sehen, ob er Reue empfunden, bessere Gesinnung gehegt und dieses durch Wort oder That geäußert habe.

Nach diesen Grundsätzen entschied unsere Fakultät im J. 1827 über den oben angeführten Fall. Weil der Inkulpat in jenem Koncepte eine Gesinnung dargelegt hatte, welche mit den übernommenen Pflichten eines Staatsdieners und der dem Landesherrn geleisteten Huldigung eben so unvereinbarlich, als für das Wohl und die Sicherheit des Staates gefährlich war, eine Gesinnung, die ihn des Zutrauens, welche der Staatsdienst erfordert, durchaus unwürdig machte, übrigens an der Ernstlichkeit dieser Gesinnung nicht zu zweifeln und eine Aenderung der Denkart des Inkulpaten auf keine Weise zu bemerken war: so wurde auf die Absetzung von seinem Dienste erkannt. Freilich traten noch andre Umstände hinzu, die Remotion zu begründen; allein der hauptsächlichste Grund lag doch in jenem Koncepte.

59.

Die Erben des Verbrechers, welcher vor angestellter Untersuchung gestorben ist, haften nicht für die Kosten der wider die Theilnehmer angestellten Untersuchung.

M. war an einer Wunde gestorben, die er in einem Duell erhalten hatte. Durch sein Ableben erhielt das Gericht die erste Kunde von dem Duell; der Leichnam wurde darauf besichtigt und geöffnet, eine Untersuchung wider die Theil-

nehmer des Duells verfügt und dieselben verurtheilt. M's hinterlassene Sachen hatte das Gericht versiegelt und in Verwahrung genommen. Es entstand jedoch vor Eröffnung des Urtheils die Frage, ob M's Erben subsidiarisch für die Untersuchungskosten zu haften und daher jene Sachen nur gegen Kaution zu empfangen hätten?

Daß dem Verstorbenen die Vollführung eines Duells zur Last fiel, war außer allem Zweifel. Weil nun die gerichtliche Untersuchung durch das Vergehen des Verstorbenen eben so wohl, als durch das seines Gegners, der Sekundanten u. A. veranlaßt worden: so schienen seine Erben zur Tragung der Untersuchungskosten wenigstens subsidiarisch verbunden zu seyn, vorausgesetzt daß man die Praxis anerkennen wollte, wornach unter mehreren Delinquenten die Untersuchungskosten zwar getheilt werden, sie jedoch im Nothfalle solidarisch deshalb haften [1]). Denn ohne Voraussetzung einer solchen solidarischen Verbindlichkeit konnte die Frage von der Mitverbindlichkeit der Erben nicht vorkommen, weil gegen ihren Erblasser selbst keine Untersuchung Statt gefunden, die Kosten vielmehr in der Ausmittelung und Bestrafung der übrigen Theilnehmer an dem Duell ihren Grund hatten. Allein auf keinen Fall konnten den Erben Kosten zur Last fallen. Ihr Erblasser war gestorben, ehe von einem gerichtlichen Verfahren die Rede gewesen war. Sein Tod hatte nicht blos seine Schuld getilgt; sein Tod hatte alle Inquisition wider ihn verhindert. Untersuchungskosten verhalten sich wie eine Nebensache. Wer niemals

---

1) Gegen die solidarische Verpflichtung zur Tragung der Untersuchungskosten erklären sich z. B. Stübel, Krim. Verf. §. 531. Tittmann, Handbuch Th. III. S. 686. Martin, Lehrb. des Kr. R. §. 16. N. 7). Mittermaier, Strafverfahren §. 191. Auch die ältere Praxis war gegen diese solidarische Haft, so wie ältere Schriftsteller, z. B. Wernher Observ. 3, 54. Hommel, Rhaps. 461.

mit in die Untersuchung gezogen worden, unter welchem Rechtstitel könnte der verbunden seyn, die Kosten dieser Untersuchung mitzutragen? Wollte man die Erben vorladen, um sich über die angemutete Verbindlichkeit zu erklären, eine Verbindlichkeit, die man lediglich aus dem Vergehen des Verstorbenen abzuleiten im Stande wäre: so würden die Erben sich mit der Einrede vertheidigen dürfen, daß der Tod ihres Erblassers die Vorfrage über seine Schuld oder Straffälligkeit rechtlich unmöglich mache, also in natürlicher Folge die Frage über den Nebenpunkt, ob er Kosten zu tragen gehabt hätte, beseitige.

Diese Ansicht paßt zu Mittermaier's Meinung, daß, wenn der Angeschuldigte vor der Specialuntersuchung gestorben sei, eine Verbindlichkeit der Kostentragung wohl nie behauptet werden könne [2]). Emmerich in seinem Aufsatze „von der Verbindlichkeit der Erben eines Verdächtigen, die Kosten der General-Untersuchung zu tragen, während ihr Erblasser gestorben ist" [3]), läßt unsern Fall unberührt; doch wird unsere Meinung sich mit seinen Grundsätzen vertragen.

---

[2]) Strafverfahren §. 191.

[3]) Neues Archiv des Kr. R. Bd. III. S. 658.

60.

Wie sich die Praxis in Betreff der Fristen in Civil- und Kriminal-Sachen geändert hat.

Nach den Pandekten gilt der von Paulus aufgestellte Grundsatz: In pecuniariis causis omnis dilatio singulis causis plus semel tribui non potest. In capitalibus autem reo tres dilationes, accusatori duae dari possunt, sed utrumque causa cognita [1]). Ueber das Unwesen der häufigen Befristungen, wie sie bei uns im Civilprocesse vorkommen, sind viele vergebliche Klagen geführt. Aber wenn die Gerichte der Vorwurf trifft, daß sie sich gegen einseitige Fristgesuche, selbst wenn eine geringfügige Handlung zu vollführen ist, im bürgerlichen Verfahren zu nachsichtig bezeigen: so pflegen sie desto eingeschränktere Fristen im Kriminalprocesse dem Vertheidiger des Angeklagten zu ertheilen, mag Freiheit oder Ehre oder Tod auf dem Spiele stehen. Jahrelang mag die Untersuchung in ihrem langsamen Gange gedauert haben; aber kaum ist sie bis zur Vertheidigung gediehen: so hat sie eine Eile, als wenn von der Ersparung einiger Wochen Zeit das Wohl des Staates abhinge. Wir wollen ganz absehen von solchen Kriminalfällen, bei deren Behandlung die Politik über den schlichten Rechtsgang die Oberhand gewinnt und Gewalt vor Recht geht, Kriminalfälle, die Ludwig XVI nur wenige Tage, Struensee'n sogar nur 24 Stunden, zur Defension gestatteten; doch darauf ganz vorzüglich möge die Aufmerksamkeit gelenkt werden, daß in Betreff der Befristungen die gewöhnliche kriminalrechtliche Praxis in keinem richtigen Verhältnisse zu der civilrechtlichen sich befindet. Ohne Frage verdient ein

[1]) ult. D. 2, 12. de feriis.

Kriminalfall eine wenigstens eben so sorgfältige, meistens eine viel sorgfältigere Behandlung des Advokaten in der Eigenschaft eines Vertheidigers, als ein Rechtsfall über das Mein und Dein; so daß es ganz angemessen erscheint, wenn die obige Stelle das Verhältniß der Befristungen in Civil- und in Kriminalsachen zu Gunsten des Angeklagten wie 1 zu 3 feststellt. Ganz umgekehrter und gewiß verkehrter Weise verhält es sich bei uns. Man kehre zurück zu dem richtigen Grundsatze, und ertheile in bürgerlichen Sachen nur im Nothfalle eine zweite Frist, dem Angeklagten aber zuerst eine geräumige Frist und bei einer zweiten oder dritten Dilation sei man nicht gar zu schwierig. Alles natürlich causa cognita, also nicht ohne Bescheinigung eines Hindernisses; doch nicht in dem Geiste, die Sache unverhältnißmäßig beeilen zu wollen. Dann darf das Gericht aber auch mit Recht erwarten, daß flache und flüchtige Defensionsschriften dem Ernste und der Gründlichkeit, wodurch die Vertheidigung sich auszeichnen sollte, nicht mehr Hohn sprechen.

61.

Die Urtheilsgründe in einer Civilsache sind vor den Parteien vorläufig in so weit geheim zu halten, als sie den Verdacht eines Vergehens anschaulich machen und daher zu der Anstellung einer peinlichen Untersuchung Anlaß geben.

Daß den Parteien die Urtheilsgründe mitzutheilen sind, habe ich in einer besondern Schrift theils als rathsam, theils

als gesetzlich nothwendig, zu zeigen mich bemüht [1]). Eine Ausnahme muß im Kriminalprocesse in Betreff der Gründe solcher Verfügungen eintreten, welche das Verfahren blos leiten und die Ausmittelung des Vergehens oder der Missethat vorbereiten. Dergleichen Gründe sind dem Angeschuldigten so lange zu verhehlen, als die Bekanntmachung den Zweck der Untersuchung beeinträchtigen würde [2]). Wenn nun während der Verhandlung einer Civilsache sich der Verdacht eines Vergehens ergiebt, so daß die Anstellung einer peinlichen Untersuchung sich rechtfertigt: so dürfen die Parteien von den Gründen, worauf der Richter seinen Verdacht stützt, vor der Hand nichts erfahren, weil sonst der Zweck der anzustellenden Untersuchung würde gefährdet, vielleicht ganz vereitelt werden. In dem oben erzählten Civilrechtsfalle Nr. 38. nahm unsre Fakultät an, es wären zureichende Gründe vorhanden, um wegen Betrugs wider den Lombardier M. in Hamburg eine Kriminal-Untersuchung anzustellen. Indem dem großherzogl. Oberappellationsgerichte zu Parchim diese Meinung der Fakultät in einem besondern Schreiben mitgetheilt wurde, wie die Akten mit dem erforderten Urtheile und den Urtheilsgründen zurückgingen, mußte die Fakultät es dem Ermessen des Gerichtes überlassen, ob auf ihre Meinung einzugehen und die zu einem peinlichen Verfahren nöthigen Schritte zu thuen wären; denn das Geschäft der Fakultät konnte, nach Anleitung des Schreibens, wie es in Civilsachen bei der Aktenversendung üblich ist, nur in der Beurtheilung des Civilstreites bestehen. Die Fakultät war daneben der Meinung, daß von den Urtheilsgründen diejenigen, welche den Verdacht eines Betruges darstellten,

---

[1]) Ueber die richterlichen Urtheilsgründe, nach ihrer Nützlichkeit und Nothwendigkeit, so wie über ihre Auffindung, Entwickelung und Anordnung, nebst Bemerkungen über den richterlichen Stil und Ton. Kiel, 1826.

[2]) Das. Seite 78.

den Parteien vor beendigter Untersuchung des Kriminalpunktes nicht dürften eröffnet werden; indeß konnte sie auch diese Frage nur dem verschickenden Gerichte zur Entscheidung anheim stellen.

62.

Im inquisitorischen Processe werden Urtheile, in so weit sie eine Freisprechung enthalten, sofort rechtskräftig. Hiervon tritt keine Ausnahme ein, wenn ein Urtheil in den Punkten, die eine Verurtheilung enthalten, durch weitere Vertheidigung angefochten ist.

Es ist keinem Zweifel unterworfen, daß auch in peinlichen Processen eine Rechtskraft der Urtheile, namentlich der freisprechenden, Statt findet [1]), und daß nicht einmal unter veränderten Umständen der Richter sein eigenes Urtheil zu ändern befugt ist [2]). Soll die Rechtskraft eines in peinlichen Sachen gefällten Urtheils gehindert werden: so ist die Ergreifung eines Rechtsmittels nothwendig. Weil aber in dem inquisitorischen Processe kein Ankläger auftritt, als welcher ein Rechtsmittel einzuwenden die Befugniß hat, der Richter aber von Amtswegen das Urtheil nicht ändern darf: so bleibt die Freisprechung im Untersuchungsprocesse unabänderlich [3]).

[1]) 3. §. 1. D. 47, 15. de praevaric. 6. X. 5, 1. de accusat.
[2]) 1. in fine D. 48, 18. de quaest.
[3]) Meister, Princ. jur. crim. §. 437. Grolman, Kriminalrechts-Wissenschaft. §. 518.

Wenn indessen die Untersuchung mehrere Vergehen umfaßt, der Inkulpat wegen einiger Vergehen freigesprochen, wegen anderer verurtheilt ist, und er darauf wider das Urtheil sich der weitern Vertheidigung bedient hat: wird dann durch dieses Rechtsmittel die Freisprechung eben sowohl, als die Verurtheilung, in ihrer Rechtskraft aufgehalten, und darf nunmehr auch die Freisprechung aufgehoben werden? Gewiß nicht. In Kriminalsachen, wie im Civilproceß, kann ein Rechtsmittel doch nur denjenigen, der selbiges einwendet, gegen die Rechtskraft schützen; hier also wohl den Inkulpaten, aber nicht den Staat. Auch würde es gegen alle, in peinlichen Sachen am wenigsten zu verläugnende Humanität, laufen, wenn man eine Wohlthat, wie die der weitern Vertheidigung, zum Verderben des Angeschuldigten benutzen wollte. Jedenfalls trifft die weitere Vertheidigung nur diejenigen Punkte des Urtheils, welche eine Verurtheilung in sich fassen; also wird, insoweit wegen gewisser Vergehen eine Freisprechung erfolgt war, kein neues Verfahren durch jenes Rechtsmittel veranlaßt, mithin die Rechtskraft nicht aufgehalten.

Diese Ansicht machte unsre Fakultät in einem Mecklenburgischen Kriminalfalle vor einigen Jahren geltend. Sie liegt auch der Meckl. Kriminal-Gerichts-Ordnung vom 31. Jan. 1817 zum Grunde. Darin ist der inquisitorische Proceß vorgeschrieben und es giebt darnach keine Anordnung, wodurch zum Nachtheil des Angeschuldigten die Abänderung eines Urtheils möglich gemacht würde, vielmehr soll jedes rein absolutorische Erkenntniß sofort in Ausführung gebracht und gegen ein kondemnatorisches dem Verurtheilten noch eine zweite und dritte Vertheidigung gestattet werden [4]).

---

4) Meckl. Kr. Ger. O. Th. II. §. 38. 39. 43. 58. 59.

63.

Ueber die kaufmännischen Umtriebe zur Vorbereitung eines betrügerischen Bankerotts, und den Anfangstermin des Vergehens der Verschleppung. Ein Beitrag in einer Vertheidigungsschrift.

Der folgende Kriminalfall gewährt eine anschauliche Darstellung von Machinationen, welche in der Krämerwelt angewendet werden, um die Gläubiger zu betrügen. Für die Theorie ist der Fall darum nicht ohne Werth, weil dabei die Frage, wann das Vergehen der Verschleppung seinen Anfang nimmt? zur Erörterung gelangt; eine Frage, die in den gebräuchlichen Lehrbüchern des Kriminalrechts unerörtert gelassen ist.

Daß ich die Sache in der Gestalt der Vertheidigungsschrift, wie diese im Herbste 1825 überreicht wurde, vorführe, wird der Leser schon mit dem Nebenzwecke entschuldigen, das Benehmen eines jungen Mannes, der als Advokat und Notar das Unglück hatte, in die Untersuchung verwickelt zu werden, auch nach längst erfolgter richterlicher Entscheidung noch dem Schleswig-Holsteinischen Publikum darzulegen, damit dasselbe sich über den hier im Lande vielfach besprochenen, und selbst zur allerhöchsten Kenntniß gelangten Fall, aufzuklären im Stande sei. Geändert ist in der Vertheidigungsschrift nichts weiter, als die Benennung. Wer aus der Sache selbst die Personen nicht erkennt, für den sind sie gleichgültig. Was die Einkleidung betrifft: so ist die hier gewählte freilich nicht üblich; es schien jedoch rathsam, in der Erzählung den Inkulpaten selbst redend einzuführen, weil man das Thatsächliche gewiß am liebsten aus dem Munde des Angeschuldigten vernimmt. Hier zumal

war es nothwendig, ihn eine zusammenhängendere und vollständigere Darstellung geben zu lassen, als sie in den Untersuchungsakten angetroffen wurde; schon deshalb, weil diese Akten, wie es zu geschehen pflegt, manche für die Entscheidung erhebliche Umstände mit Stillschweigen übergingen, die dem Untersuchungsrichter bekannt seyn mogten, die aber die urtheilende höhere Behörde etwa nur durch den Bericht, womit der Holsteinische Untersuchungsrichter die Akten zur Aburtheilung übersendet, einen Bericht, der ein Geheimniß für den Vertheidiger bleibt, hätte erfahren können, wenn die Vertheidigungsschrift die Lücke der Akten nicht ergänzt hätte. In der rechtlichen Ausführung dagegen nimmt der Vertheidiger das Wort; nicht, weil derselbe, indem er spricht, ein größeres Gewicht den vorgetragenen Vertheidigungsgründen zu verleihen meinte, sondern weil er selbst manches sagen durfte, was dem Angeschuldigten in den Mund zu legen sich nicht geziemt hätte. Uebrigens bitte ich keinen Anstoß an einigen Betrachtungen zu nehmen, die zwar Gemeinsätze zu enthalten scheinen, die aber mit unserm Falle in enger Beziehung standen.

Rechtfertigungsschrift

von Seiten

des Advokaten Dr. Sicken in N.

zu den Untersuchungsakten

in Betreff

der von dem Kaufmann Allenberg in N. versuchten Hintergehung seiner Gläubiger.

Wegen Theilnahme an dem Versuche des Kaufmanns Allenberg in N., seine Gläubiger zu hintergehen, bin ich zur Untersuchung gezogen. Zu meiner Vertheidigung habe ich es für dienlich erachtet, eine Darstellung meines Benehmens zu entwerfen; nicht als ob das unbegränzte Vertrauen

in die Umsicht, oder in die mit Gerechtigkeit verbundene väterliche Milde dieses hochverehrlichen Gerichtes, auf irgend eine Art in mir geschwächt wäre, oder als ob ich, von der streng rechtlichen Seite die Sache betrachtet, eine besondere Schwierigkeit in der Auffassung und Beurtheilung zu finden glaubte. Vielmehr erkenne ich mit innigem Danke die mir bewiesene Humanität, ob sie gleich gewisse strenge Maaßregeln nicht ausgeschlossen hat, die vielleicht nur der Augenblick räthlich machen konnte; nicht weniger schätze ich die tiefere Einsicht des hochverehrlichen Gerichtes, welche sich überall in der Leitung und Durchführung des Verfahrens, wie in einigen vorläufigen Verfügungen, kund gegeben hat. Allein für mich persönlich ist die Sache leider schon von zu traurigen Folgen gewesen, als daß ich meinem gepreßten Herzen nicht jene Linderung wünschen sollte, welche eine freie, offene, wahrhafte Darlegung des innern Zustandes, mit sich zu führen pflegt. Standesehre und Familienglück hängen von dem künftigen Spruche über meine Schuld oder Unschuld ab; ja Standesehre und Familienglück sind bereits durch das, was mich betroffen, auf eine unbeschreibliche Weise mir geraubt worden: meine Praxis als Advokat und Notar habe ich eingebüßt; ein rechtschaffener aber strenger Vater, der Weisheit meiner Richter vertrauend, macht die väterliche Zuneigung von dem künftigen Spruche abhängig; eine zärtliche Mutter, ehrbar und rechtlich in ihrem Wandel, hat um des Sohnes Willen in ihrem Alter herben Kummer ertragen; und eine geliebte Braut, die unbescholtene Tochter wackerer Aeltern, durch mein Schicksal bis zur Schwermut gebeugt, hat die Bande, durch welche ich mit ihr verbunden, lösen müssen. Und soll ich noch jenes geschäftigen und in seinem Abmühen immer wachsenden Ungeheuers, der Verläumdung, gedenken? Es gilt jezt nicht weniger, die schwer zu besiegende Verläumdung zu beschwichtigen und zu mäßigen, als mich vor dem Richterstuhle der unterrichteten und parteilosen Gerechtigkeit zu rechtfertigen.

So habe ich mich gedrungen gefühlt, mein Verhältniß zu dem Kaufmann Allenberg mit aller Offenheit in einer zusammenhängenden Erzählung darzulegen; ich habe selbst von meinen sonstigen Verhältnissen Manches hinzugefügt, was mein Benehmen in sein wahres Licht zu stellen geeignet ist, unbekümmert selbst dann, wenn ich, bei ruhiger Prüfung, in meiner Erzählung hier und da eine Unbesonnenheit anzutreffen meinte, und voll des Trostes, daß ich in keiner meiner Handlungen eine Schlechtigkeit der Gesinnung, eine Verletzung der Ehre, einen Verrath meiner Berufspflichten, mir vorzuwerfen wußte. Und ob ich gleich die Hofnung gehegt habe, aus der bloßen Erzählung meiner Verhältnisse würde sich meine Schuldlosigkeit nicht unklar zu Tage legen: so habe ich doch nicht versäumen mögen, was in einer, für mich so bedeutungsvollen Lage, irgend rathsam seyn könnte; ich habe bei der rechtlichen Ausführung meiner Straflosigkeit einen Rechtsgelehrten zu Rathe gezogen, dem ich, vermöge seiner Stellung, ein ruhiges Urtheil zutrauen durfte.

Faktische Darstellung.

§. 1.

Unter den Eingesessenen des hiesigen Fleckens gilt mein Vater, der Lederhändler Sicken, für einen wohlhabenden Mann. Da ich sein einziges Kind bin: so hat er um so geringere Veranlassung gehabt, seinen Hang, Anderen zu helfen, einzuschränken; insbesondere hat er, selbst durch Arbeitsamkeit und Fleiß zu einer unabhängigen Lage empor gehoben, seine hülfreiche Hand denen gereicht, welche nach seiner Meinung redlich fortzukommen sich bemüheten und denen zu ihrem bessern Fortkommen nur eine Unterstützung an Gelde mangelte. Schlechter Dank ist öfters die einzige Vergeltung gewesen und überdies hat meinem Vater seine Uneigennützigkeit Neider, hier und da auch wohl Verläumder,

unter der Klasse jener verächtlichen Menschen zugezogen, welche aus der Noth und Verlegenheit ihrer Nächsten Veranlassung nehmen, Wucher zu treiben, und welche durch meines Vaters Dazwischenkunft in ihrem Streben gehindert wurden. Mancher vielleicht befand sich in dem unglücklichen Wahne, daß der Mensch stets aus Eigennutz handle und für die blos menschenfreundlichen Werke unempfänglich sei.

Auch die Kaufleute Allenberg und Kleeland genossen die Freundschaft meiner Aeltern im höchsten Grade, als sie im Herbste 1823 hier eine Ellen- und Eisenwaarenhandlung errichtet und in dem Hause unseres Nachbarn ihren Laden eröffnet hatten. Meinen Aeltern, wie mir, wußten sie die Meinung beizubringen, als wollten sie ehrlich durch die Welt; ihre Handlung blühete auf, und wir freueten uns dieses Aufblühens. Wohlfeiler, als andre Kaufleute, gaben sie vor, deshalb verkaufen zu können, weil sie größtentheils gegen baare Zahlung einkauften. Vorübergehenden Verlegenheiten, wenn mehrere Zahlungen in dieselbe Zeit fielen oder mehrere Reisende zugleich Geld einkassiren wollten, half mein Vater mit baarem Gelde ab, und stets ohne Zinsen. Ich selber habe mehrere Male ein und mehrere hundert Thaler angeliehen, um den Kaufleuten Allenberg und Kleeland zu dienen. Ueberhaupt stand ich mit Allenberg insbesondere in freundschaftlicher Verbindung; er war mein Nachbar, mit mir in gleichem Alter, nicht ohne gewisse Bildung, Erfahrung und Kenntnisse, da er früher Reisediener gewesen, daneben thätig und anscheinend brav, und überdies an unserm Orte ein Fremder, der gern Bekanntschaft sucht und ihrer bedarf. Selbst in Haushaltungssachen sind meine Aeltern unserm Nachbar Allenberg und dessen junger Frau, die ebenfalls hier fremd war, behülflich gewesen..

§. 2.

So glänzend die Geschäfte der Allenberg-Kleelandschen Handlung jedermann in die Augen fielen, so vortrefflich stellten

mir Allenberg und Kleeland anfänglich ihre innere Lage dar. Denn um Alles baar einkaufen zu können, sollten nur noch 1000 Rthlr. fehlen, und das Waarenlager selbst wurde über 16000 Mk. im Einkaufspreise geschätzt. Sogar auf weitere Ausbreitung des Handels waren sie bedacht, zu welchem angeblichen Zweck Kleeland um Martini 1824 nach Hamburg ging, indem er dort, gleichfalls in Kompagnie mit Allenberg, eine Kommissions- und Detail-Handlung etablirte.

Aber schon um Weihnachten 1824 war Allenberg sehr unruhig und besorgt; er klagte darüber, daß Kleeland mit seinem versprochenen Zuschusse in die Handlung noch immer im Rückstande sei, daß er seine Geschäfte in Hamburg durch Mangel an Betriebsamkeit verfehle und sogar diejenigen Gelder für sich behalte, die er ihm zur Bezahlung der Gläubiger zugeschickt habe.

§. 3.

Im Anfange dieses Jahrs (1825) trennte sich Allenberg von seinem Kompagnon Kleeland; jener übernahm die hiesige Handlung für eigene Rechnung, und dazu alle Activa und Passiva der bisherigen Societät. Allenberg's Lage wurde, seiner Aeusserung zufolge, stets mislicher, besonders da die Gläubiger der bisherigen Firma Allenberg und Kleeland noch nicht befriedigt und bereits einige Protestationen gegen die Separation eingelaufen waren. Um sich nun solcherhalb auf sichern Fuß zu setzen, bewirkte Allenberg ein s. g. Kreditproklam unter dem 8. Februar d. J. (1825) [1]).

---

[1]) Im Eingange dieses Proklams, welches von der klösterlichen Obrigkeit des Fleckens N. erlassen wurde, heißt es: „Wann von den hiesigen Kaufleuten A. & K. dem Gerichte angezeigt worden, daß sie die bisher unter ihnen Statt gehabte Gemeinschaft in der unter der genannten Firma von ihnen geführten Eisen- und Manufaktur-Handlung aufgehoben, und daß ein jeder seine eigenen Geschäfte zu betreiben angefangen, mit hinzugefügter geziemender Bitte, daß ein öffentliches Proklam zur Be-

§. 4.

Zur Auseinandersetzung mit den Societätsgläubigern mangelte es an baarem Gelde. Allenberg reisete deshalb zu seinem Schwiegervater, dem Mühlenpächter X. in T., und zu seinem Onkel. Nach seiner Rückkehr erzählte er mir, daß er auch den Kaufmann C. Matzen in Hamburg um dessen Beistand angesprochen habe. Matzen, welcher in dieser Sache eine wichtige Rolle gespielt, hat in Hamburg den s. g. Schottischen Keller, eine sehr bekannte Handlung. Man hält ihn für einen Millionär und legt demselben einen hohen Grad von Klugheit bei. Er soll fünf Jahre auf Universitäten zugebracht haben. Diesen Matzen rühmte Allenberg, welcher von ihm Waaren bezogen, als einen menschenfreundlichen Mann, dem er seine ganze Lage entdeckt und der ihm Beistand versprochen, um sich mit seinen Gläubigern zu arrangiren. Als Preis seiner Bemühungen habe der menschenfreundliche Mann weiter nichts verlangt, als Sicherstellung seiner eigenen Forderung an Allenberg, zu welchem Zweck er es empfohlen, daß Allenberg von seinen Waaren an Matzen schicke. Von diesem menschenfreundlichen Matzen und von einem Freunde Hilken in Hamburg wurde Hülfe erwartet. Auch mich bat Allenberg wiederholt, eine Summe von 1000 Rthlrn. anzuschaffen.

Denn weder von seinem Schwiegervater, noch von seinem Onkel, schien Allenberg Geld erwarten zu können. Kleeland hatte nichts, und Allenberg selber etwa 3000 Mk. in die Handlung gebracht, wie er mir jezt entdeckte. Ein Freund Streuer in Hamburg sollte zur Etablirung der Societätshandlung 3000 Rthlr. geliehen haben, und vor diesen 3000 Rthlrn. versprach Allenberg die Priorität zu verschaffen, wenn ich die nachgesuchte Anleihe der 1000 Rthlr.

---

schaffung der Liquidation sowohl, als auch um diese Trennung zur öffentlicher Kunde zu bringen, erlassen werden möge: Als werden in Gewährung dieser Bitte alle und jede, welche" ꝛc.

zu Stande brächte. Ein solches Versprechen mogte Allenberg'en freilich nicht schwer fallen; denn obgleich er mit Kleeland gleich in der ersten Zeit der Etablirung über jene 3000 Rthlr. eine Obligation ausgestellt und dazu die notarielle Beglaubigung des jezt verstorbenen Ober- und Landgerichts-Advokaten Hagemeister in Kiel beigebracht hatte: so liegt es doch durch Allenberg's Geständniß, welches er in der lezten Zeit abgelegt, zu Tage, daß Allenberg und Kleeland niemals ein Darlehn von Streuer erhalten, daß sie also von Anfang an dahin getrachtet haben, um die Summe der 3000 Rthlr. ihre künftigen Gläubiger im Nothfall zu hintergehen.

§. 5.

Doch damals waren mir solche Versuren meines Freundes Allenberg noch unbekannt. Ich that also mein Möglichstes, dem gedrückten, aber anscheinlich rechtschaffenen Manne, zu Hülfe zu kommen. Deshalb schrieb ich nicht blos an Hilken und Matzen, um von jenem die gewünschten 1000 Rthlr. zu erhalten und bei diesem Mitwirkung und Theilnahme zu erbitten, sondern ich vermogte auch meinen Vater, mir mehrere Obligationen zu geben, um darauf Geldvorschüsse in Hamburg zu erhalten. Mit diesen Obligationen versehen, und von Allenberg begleitet, reisete ich im März d. J. (1825) nach Hamburg. Der Erfolg dieser Reise bestand darin, daß der Dr. Ratow mit Hülfe des Kaufmanns Matzen die Arrangirung eines Akkords zu übernehmen und 4000 Mk. auszulegen versprach, wenn Allenberg alle Woche seine baare Einnahme an Matzen einschicken und mein Vater an Dr. Ratow eine selbstschuldige Akte über 4000 Mk. übersenden, ich auch dem Kaufmann Matzen für die Bezahlung der Bemühungen des Dr. Ratow und des Fallitenbuchhalters Zunge einstehen würde. Daneben versprach Matzen, fernerhin Allenberg mit allen nöthigen Waaren zu versehen; aber nur unter der Bedingung, daß

er selbige als Kommissionswaaren sende und ich dafür hafte; denn auf den Fall eines etwanigen Konkurses wollte sich Matzen die Vindikation der vorhandenen Waaren sichern, und durch meine Bürgschaft die Zahlung für die verkauften. Unter diesen Bedingungen suchte sich Allenberg schon damals eine Quantität Waaren aus.

§. 6.

Gleich nach unserer Zurückkunft wurde mein Vater von Allenberg und mir um die Ausstellung jener selbstschuldigen Akte über 4000 Mk. gebeten. Mein Vater stellte dieselbe am 29. März d. J. vor seiner Obrigkeit aus und sofort wurde die Akte an den Dr. Ratow nach Hamburg geschickt. Mein Vater hatte ausbedungen, ihn so sicher zu stellen, daß er keinen Schaden litte. Deshalb verpfändete Allenberg zur selbigen Zeit sein Waarenlager nicht nur, sondern er übertrug auch meinem Vater eigenthümlich so viel von diesem Waarenlager, als zu dessen Befriedigung erforderlich seyn würde; wobei denn die Waaren zur Hälfte des Einkaufspreises sollten angeschlagen werden. Auch diese Verpfändung und Cession wurde vor der klösterlichen Obrigkeit eingegangen, wie sich aus der Abschrift in der Anlage A. näher ergiebt [2]).

---

[2]) Anl. A.

Ich Endesunterschriebener Allenberg, für mich selbst, meine Erben und der Firma Allenberg & Kleelandt, bekenne hiemit durch meine eigenhändige Unterschrift, daß, nachdem der Herr Christian August Friederich Sicken hieselbst, auf mein Bitten, sich für mich und der Firma Allenberg & Kleelandt gegen den Herrn Advocaten Doctor Ratow in Hamburg, wegen der von dem Letztern zur Arrangierung eines Accords mit den sämmtlichen Creditoren meiner Handlung und der Firma Allenberg et Kleelandt vorgeschossenen Vier Tausend Marck Courant oder den Werth in Reichsbankgeld S. M., freiwillig als Selbstschuldner verbürget hat, — ich nicht allein alle die, mir als Haupt- und Selbstschuldner obliegende Verbindlichkeiten, in Ansehung der

Ob nun zwar auf die angegebene Weise mein Vater auf seine Sicherstellung wegen der ausgelobten 4000 Mk.

Bezahlung der qu. 4000 Mk. Cour. nebst Zinsen und Kosten in den bestimmten Terminen, pünktlich zu erfüllen, sondern ich verpfände auch hiemit, für mich und meine Erben und der Firma Allenberg & Kleelandt, dem gedachten Herrn Chr. Aug. Friedr. Sicken, auf die Rechtsgültigste Art, mein und der Firma All. & Kllbt ganzes, gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen, an Güthern und Erbschaften, insbesondere aber das ganze Waarenlager dieser Handlung, und zwar dergestalt, daß er sich daraus zu jeder Zeit wegen der qu. 4000 Mk. Cour. nebst Zinsen, Schäden und Kosten, ohne Weiteres durch Annahme der Waaren für die Hälfte des Einkaufspreises, zu befriedigen berechtigt sein soll; indem ich ihm zugleich hiemit so viel von dem Waarenlager zu seinem Eigenthume cedire und überlasse, als davon, zur Hälfte des Einkaufspreises berechnet, zu seiner vollständigen Befriedigung für Kapital, Zinsen und Kosten nöthig ist. Wie ich denn zugleich allen und jeden dem Vorstehenden etwa zuwider laufenden Ausflüchten, sammt der allgemeinen Rechtsregel, daß ein gemeiner Verzicht nicht binde, wenn kein besonderer vorhergegangen, hiermit feierlich und ausdrücklich entsage.

Zu dessen allem mehrer Urkund und Bekräftigung habe ich vorstehende Acte wohlbedächtig ausgestellt und in Gegenwart Sr. Excellence, des Herrn Geheimen-Conferenz-Raths und Commandeurs des Dannebrog-Ordens N. N., p. t. Probsten, eigenhändig unterschrieben. So geschehen zu N. am Neun und Zwanzigsten März. Achtzehnhundert fünf und zwanzig.

X. Y. Z. Allenberg
für mich und die Firma
Allenberg & Kleeland.

Daß der Kaufmann X. Y. Z. Allenberg vorstehende Acte, welche ihm zuvor laut und deutlich vorgelesen worden, in meiner Gegenwart eigenhändig unterschrieben habe, wird hiemittelst Obrigkeitlich attestirt.

N. den 29sten März 1825.

(unterz.) N. N."

Von dieser wichtigen Urkunde, die von dem untersuchenden Gerichte selbst beglaubigt worden, fand sich in den Unter-

bedacht gewesen war: so hatte er doch den Kaufmann Allenberg zur Zeit noch im Besitze der verpfändeten und cedirten Waaren gelassen; seine Schadloshaltung hing also größten Theils von Allenberg's Ehrlichkeit ab. Dieses gab ich Allenberg'en zu erkennen; wogegen dieser seinen aufrichtigen Willen, meinen Vater vor jedem Schaden zu bewahren, betheuerte. Ich selber befand mich in einer übeln Lage, weil mein Vater, obwohl bereitwillig, durch seinen Kredit zu Hülfe zu kommen, es mir doch zur heiligen Pflicht gemacht hatte, dafür zu sorgen, daß er keinen Verlust litte. Vorsichtiger Weise hätte ich daher auf Auslieferung einer angemessenen Quantität Waaren dringen müssen; dazu entschloß ich mich aber nicht, weil meine Freundschaft in Allenberg's Ehrlichkeit das größte Zutrauen setzte.

§. 7.

Dem Kaufmann Matzen sollten, wie früher erzählt, wöchentlich die baaren Gelder behuf des Akkords eingeschickt werden; ich sollte ihm verantwortlich wegen derjenigen Waaren seyn, die er in Kommission an Allenberg senden würde; auch hatte derselbe seine Vermittelung eines Akkords davon abhängig gemacht, daß er selber wegen derjenigen Waaren, die er früherhin an Allenberg verkauft, vollkommen befriedigt werde.

Aus diesen Verabredungen erklären sich folgende Handlungen. Am 21. März d. J. hatte mir Allenberg drei Pöste, zum Betrage von 1314 Mk. 5 ßl., vorgelegt, die er angeblich dem Kaufmann Matzen schuldig war; zugleich hatte er mich gebeten, wegen dieser Summe für ihn einen hypothekarischen Wechsel zum Besten seines Gläubigers aufzusetzen. Dieses war von mir geschehen und Allenberg'en der

---

suchungsakten fast keine Spur. Erst durch die Vertheidigungsschrift gelangte sie zu den Akten, worin derselben bis dahin nur beiläufig gedacht worden war.

Wechsel eingehändigt worden. Am 3. April überreichte mir Allenberg 470 Mk. mit dem Ersuchen, selbige behuf des Akkords an Matzen zu schicken; er fügte hinzu, wenn er selber das Geld übersende: so mögte Matzen sich erst damit bezahlt machen; das wollte er aber nicht; Matzen müßte sich mit dem Wechsel zufrieden stellen und das baare Geld zum Akkord gebrauchen; wofern jedoch der Akkord unglücklicher Weise nicht zu Stande kommen sollte: so könnte Matzen sich mit dem Gelde bezahlt machen und den Ueberschuß ihm zu Gute kommen lassen. Ich schickte daher am 3. April die 470 Mk. (es sollen an den bezeichneten 500 Mk. nämlich 30 Mk. gefehlt haben) mit der Anweisung an Matzen, sie zum Akkord zu verwenden, sonst aber sie sich zur Befriedigung wegen der gesandten und noch zu sendenden Kommissionswaaren dienen zu lassen. Eine Abschrift meines Briefes enthält die Anlage B. [3]). Auf gleichem Wege und zu

---

[3]) Anl. B.

N. d. 3ten April 1825.

Hr. Matzen in Hbg.

Am 29sten v. M. schickte ich an d. Hr. Dr. Ratow wegen der Allenbergischen Angelegenheit die verabredete selbstschuldige Bürgschaftsacte meines Vaters, die derselbe hoffentlich zu seiner Zufriedenheit erhalten haben wird. Da wahrscheinlich der intendirte Accord mit den All. & Kleeldschen Creditoren nur durch Ihre persönliche Dazwischenkunft, werchester Herr Matzen, zu Stande kommen wird, so will ich mich auch bemühen, Sie schon vor dem zu bestimmenden Zahlungstermin durch Ueberschickung des dazu nöthigen baaren Geldes, zu sichern, damit Sie jedenfalls ohne Furcht vor Schaden für den glücklichen Ausgang der qu. Sache wirken können. Sie erhalten demnach beifolgend 500 CtM.ℳ in Wachsleinen gm.ℳ H. C. M. Sollte unglücklicherweise, welches Sie zu verhüten wissen werden, der Accord nicht zu Stande kommen, so dienen auch diese 500 CtM.ℳ Ihnen zur Sicherheit für die an Allbg in Commission gesandten und zu sendenden Waaren. Nächstens hoffe ich Ihnen mehr Geld schicken zu können. Indem ich nur noch meine einzige Bitte hinzufüge, doch Ihr Möglichstes zur glücklichen und bal-

demselben Zweck erhielt Matzen nochmals 530 Mk. unter dem 17. April, also zusammen 1000 Mk.

Der oben angeführte Wechsel über 1314 Mk. 5 ßl. war anfänglich am 21. März geschrieben; er wurde aber am 17. April von mir umgeschrieben. In der ersten Ausfertigung war nämlich $\frac{1}{2}$ Procent Zinsen monatlich ausgelobt; der Wechsel enthielt die Frist von 4 Monat nach der Ausstellung. Bei meiner Anwesenheit in Hamburg aber hatte Matzen erklärt, er nehme nur 4 Procent jährlich, und von Waaren nur 3 Procent Profit. Darum wurde der Wechsel nach dem Willen des Gläubigers eingerichtet, von Allenberg unterschrieben und von mir als Notar die Unterschrift beglaubigt. In dieser neuern Gestalt liegt der Wechsel bei den Akten [4]). Matzen nämlich hat unterm 24. Mai diesen

---

digen Arrangierung des Accords beitragen zu wollen, zeichne ich mich mit

aller Hochachtung

ergebenst

Dr. Sicken.

4) Gegen diesen unsern Sola-Wechsel zahlen wir Endesunterschriebene Allenberg & Kleelandt in N. an den Herrn C. Matzen in Hamburg, oder dessen Ordre, a dato vier Monat die Summe von dreyzehnhundert & vierzehn Ct ℔ fünf Schillinge, oder den Werth in Reichsbankgeld S. M. mit vier Procent Zinsen. Valuta haben wir in Waaren empfangen, leisten daher zur Verfallzeit prompte Zahlung sub hypotheca omnium bonorum, in specie unser Waarenlager, und acceptiren diesen Wechsel auf uns selbst. So geschehen zu N. am ein und zwanzigsten März 1825.

Allenberg & Kleelandt
in fidem subscript.
Dr. Sicken,
Königl. Dänischer Notar.
(L. S.)

Ct℔ 1314. 5. zu 4 pr. Ct.

In dorso:

Für mich an die Ordre d. Herrn Advocat und Doctor Sicken in N. Werth in Rechnung. Hamburg May 24. — 1825.

C. Matzen.

Wechsel auf mich indossirt, und durch Allenberg mir zustellen lassen, um denselben beim Kreditproklam mit anzumelden. Das ist auch wirklich von mir in den lezten Tagen des Mais geschehen. Das Indossiren sollte statt Vollmacht zu meiner Legitimation dienen; auch hatte ich selber erst Beweise eines Auftrages von Matzen haben wollen und deshalb schon früher eine darauf bezügliche Frage in einem Briefe an Matzen aufgeworfen.

§. 8.

Bei dieser Gelegenheit wird es dienlich seyn, aus denjenigen Papieren, welche Allenberg über die Seite gebracht, das hochverehrliche Gericht aber entdeckt hat, Einiges anzuführen, was mir freilich früherhin gar nicht bekannt gewesen, zur Aufklärung der Allenbergischen und Matzenschen Absichten aber von Erheblichkeit ist. In einem Briefe an Allenberg vom März 1825 empfiehlt Matzen die wöchentliche Einsendung der eingenommenen Contanten, um die 4000 Mk. zu ergänzen, mit dem Zusatze:

„Daß Sie Ihre Waaren jedoch in Sicherheit bringen müssen, das versteht sich von selbst. Richten Sie es ein, wie es Ihnen am besten convenirt, auf mich können Sie bei gehöriger Deckung sicher rechnen."

Dieser Brief ist am Datum verletzt; daß er jedoch schon vor meiner und Allenberg's Reise nach Hamburg im März geschrieben, ergiebt der Inhalt; und die in dem Briefe angezogene Rechnung (mit der Devise: „Nichts als Redlichkeit"!) ist vom 18. März.

Desgleichen ergiebt ein vorgefundener Conto-Courant vom 29. März 1825, daß an diesem Tage der Kaufmann Allenberg mit einem Saldo von nur 27 Mk. 15 ßl. bei dem Kaufmann Matzen im Debet stand.

Von diesem Stande der Rechnung und von jener Anempfehlung, die Waaren in Sicherheit zu bringen, hatte ich damals nicht die leiseste Ahnung, wie ich denn überhaupt

niemals die Allenbergischen Bücher und sonstigen Handelspapiere eingesehen, oder sonst davon Kenntniß erhalten habe. Allenberg selber hat dieses bei der Untersuchung, der Wahrheit gemäß, durch seine Vernehmung bekräftigt.

§. 9.

Meinem Vater war, zur Deckung der als Selbstschuld ausgelobten 4000 Mk., eine angemessene Quantität des Allenbergischen Waarenlagers verpfändet und eigenthümlich übertragen.

In der ersten Hälfte des Aprils, während mein Vater und ich nicht zu Hause waren, kommt Allenberg eines Abends zu meiner Mutter und sagt ihr: Er würde den Abend Waaren herumbringen. Dies thut er mit Hülfe seines Ladendieners Ulsen, indem er die Waaren in die vordere Stube rechts hinein legt. Nach Verlauf mehrerer Tage bringt er abermals einen Theil Waaren, die er als Kommissionswaaren des Matzen bezeichnet.

Darauf sagte mir Allenberg: Er habe nun hinlängliche Waaren herumgebracht, um mir und meinem Vater an Zahlungs Statt zu dienen; auch habe er zu meiner Sicherstellung die Matzenschen Kommissionswaaren herumgebracht. So oft er aber davon würde verkaufen können, wolle er die Waaren wieder abholen und das gelöfete Geld mit nach Hamburg schicken; denn je mehr Geld er dahin schicke, desto weniger könne mein Vater zu zahlen haben.

Uebrigens haben mein Vater und ich um diese Waaren uns nicht weiter bekümmert; wir haben sie nicht in Empfang genommen, kein Verzeichniß darüber erhalten, und von ihrem Werthe so wenig, als von ihrer Quantität, ist uns Kunde geworden. Dergleichen unterblieb, weil mein Vater sich auf mich und ich mich auf Allenberg's Rechtschaffenheit verließ.

§. 10.

Bis dahin war Hoffnung gewesen, den Akkord in's

Werk zu setzen. Allein im Anfange Mai's trafen Nachrichten ein, welche jene Hoffnung fast vernichteten und den Ausbruch eines Konkurses leider wahrscheinlich machten. Allenberg schilderte sein bevorstehendes Loos so traurig, daß mein Vater ihm endlich versprach, zu seinem künftigen Fortkommen behülflich zu seyn. Mein Vater versprach nämlich zu einer neuen Handlung 4000 Mk. herzugeben. Für eine solche Summe wollte er Waaren verschreiben, das Eigenthum derselben bis nach Beendigung des Konkurses behalten, nachher aber Allenberg'en gegen eine versprochene Bürgschaft dessen Schwiegervaters und Onkels überlassen; Verdienst und Betrieb der Handlung sollte Allenberg sogleich haben und mein Vater blos landesübliche Zinsen von seinen baaren Vorschüssen geniessen.

Dieser Plan wurde noch vor Erklärung des Konkurses, und während der Fortdauer der Unterhandlungen mit den Gläubigern, vorbereitet, damit nicht auf den Fall des Konkurses die Handlung aufhöre und die Nahrung sich verliere. Doch wurde noch immer Rücksicht auf den erwünschteren Fall genommen, daß der Akkord zu Stande gebracht würde. Allenberg mußte daher ein Verzeichniß derjenigen Waaren aufstellen, welche zur Etablirung einer Handlung durchaus nothwendig, und zugleich im Falle des Akkords brauchbar in der bisherigen Handlung seyn würden. Nach diesem Verzeichniß ließ mein Vater durch mich Waaren von Matzen verschreiben, wie die bei den Akten befindliche Rechnung vom 3. Mai d. J. näher ergiebt.

§. 11.

Einen Zuwachs erhielt meines Vaters Waarenlager durch einen Einkauf, welchen Allenberg ohne Auftrag meines Vaters, aber gleichwohl auf dessen Rechnung, in Hamburg persönlich gemacht hatte. Allenberg war nämlich Ende Mai's dahin gereiset. Bei seiner Rückkehr sagte er uns auch, Matzen sei geneigt, die Kommissionswaaren meinem Vater ebenfalls

zu überlassen, um deren Preis man sich leicht einig werden würde. Diese Waaren sonderte Allenberg späterhin, einige Tage vor Erklärung des Konkurses, von seinen übrigen Waaren ab. Das geschah so öffentlich, so am hellen Tage, so vor allen Leuten, daß auch nicht der leiseste Argwohn in uns aufstieg, als wenn es mit diesen Kommissionswaaren nicht seine Richtigkeit haben könnte. Ueberhaupt wird es, beiläufig angeführt, dem hochverehrlichen Gerichte eben so bekannt geworden seyn, wie es im Publikum bekannt war, daß mein Vater zu Allenberg's künftigem Etablissement einen Vorrath Waaren angeschafft und bereit hatte, um mit der Schliessung des alten Ladens sofort einen neuen zu eröffnen.

Gleichfalls vor Eröffnung des Konkurses, und viel früher, als die Absonderung der Kommissionswaaren Statt fand, machte Allenberg meinem Vater den Vorschlag, einige nothwendige Waaren aus Lübeck kommen zu lassen, die man dort am wohlfeilsten habe. Mein Vater hatte die beiden Zusendungen aus Hamburg auf Kredit genommen, und dort den Kredit leicht gefunden, weil man ihn kannte. In Lübeck hingegen hatte er keine Verbindungen. Dies erwiederte er Allenberg'en, mit dem Hinzufügen, daß er jezt mit baarem Gelde nicht hinlänglich versehen sei, um gegen Contant Waaren von Lübeck beziehen zu können. Hierauf entgegnet Allenberg, seine Frau habe noch Geld, er holt dieses Geld, und sein Ladendiener Ulsen geht damit nach Lübeck. Die ganze Summe hat 450 oder 540 Mk. betragen. Damals zweifelten wir nicht, daß wirklich der Frau jenes Geld gehöre, da Allenberg kurz vorher bei seinem Schwiegervater in T. gewesen war. Mehrere Tage nachher brachte er 20 Rthlr., um von Dorries aus Lübeck Band zu verschreiben. Dieses Geld durften wir als der Frau gehörig um so mehr ansehen, als der Ladendiener Ulsen ziemlich viel Geld von jenen 540 Mk. übrig behalten und zurückgebracht hatte.

Allererst nach der Versiegelung, und während Allen-

berg's lezter Reise nach Hamburg, erzählte die Frau von Geldgeschenken, die ihr der Mann gemacht und die sie bei der Versiegelung zu verpacken Noth gehabt, und daß ihr Mann von ihrem Vater nur 30 Rthlr. und 50 Mk. mitgebracht habe. Mein Vater nahm sich nunmehr vor, jene Geldsummen an die Masse zu erstatten, falls sie nicht wirklich Allenberg's Frau zugehört hätten.

§. 12.

Noch vor Ablauf des Kreditproklams, am 31. Mai, wurde von mir eine Forderung von 100 Rthlr. aus einem Wechsel zu Protokoll angemeldet. Hierauf hat sich die Untersuchung mit erstreckt. Ich muß daher erzählen, was zur Aufklärung dienlich seyn dürfte. Unter die vielfachen Gefälligkeiten, die ich Allenberg'en erwiesen, gehört auch die Anleihe von 100 Rthlrn. bei dem hiesigen Gastwirth Johnchen. Ich lieh diese Summe gegen einen Wechsel am 5. Sept. v. J. Allenberg stellte dagegen mir einen Wechsel aus. Weil ich späterhin mit Johnchen mich überworfen hatte: so ersuchte ich Allenberg, daß er von Johnchen meinen Wechsel gegen Zahlung einlösen mögte. Das hat er im Umschlage [5]) dieses Jahrs gethan, auch sich von mir unter dem eingeschnittenen Wechsel quittiren lassen. Folglich war auch der in meinen Händen befindliche Allenbergische Wechsel hinfällig geworden. Indessen war mir fünf Monate später, da ich wohl zu sechs verschiedenen Malen im vorigen Herbst und Winter gleiche Summen für Allenberg angeschafft hatte, das eigentliche Verhältniß nicht recht gegenwärtig und darum ist es erklärlich, wenn ich, den Allenbergischen Wechsel in der Hand, die ursprüngliche Forderung der 100 Rthlr. vor-

---

[5]) Für Auswärtige ist vielleicht nöthig zu bemerken, daß unter dem Umschlage der in Holstein für Kapitalzahlungen übliche Termin in octavis trium Regum verstanden wird. Der Umschlag als Messe findet in Kiel Statt.

läufig zu Protokoll angab und dem weitern Verfahren die endliche Erledigung vorbehielt. Sobald ich mich jedoch der geschehenen Bezahlung wieder erinnerte, zerriß ich den Allenbergischen Wechsel, und schon hatte ich dem Herrn Justiz-rathe N. N. [6]), wie demselben in Andenken seyn wird, meinen Wunsch, jene Angabe zu tilgen, mündlich und gelegentlich erklärt, als eine Vernehmung des Kaufmanns Allenberg und meiner selbst über jenen Wechsel erfolgte. Daß übrigens die Profession nicht zu Allenberg's Gunsten erfolgen sollte, ist völlig der Wahrheit gemäß. Allenberg hat das, unabhängig von mir, gerichtlich ausgesagt, und ich habe seine Aussage bekräftigt.

§. 13.

Es folgt nunmehr die Erzählung dessen, was sich nach Ausbruch des Allenbergischen Konkurses zugetragen hat.

Allenberg, von einigen Gläubigern bis zur Exekution ausgeklagt, sah sich in die Nothwendigkeit versetzt, seine Insufficienz zu erklären, und dem gemäß erfolgte am 14. Juni (1825) die Versiegelung seiner Waaren. Gleich darauf versicherte Allenberg meinem Vater, der Herr Justizrath N. N., welcher die Versiegelung vorgenommen, habe ihm die erbetene Erlaubniß ertheilt, daß mein Vater sogleich seine Waaren in den Allenbergischen Laden bringen lasse, damit die Handlung nicht unterbrochen werde. Früher hatte mein Vater vor der Hand einen Nothladen in dem von Allenberg bewohnten Hause errichten wollen und deshalb schon ein Zimmer von dem Eigener gemietet. Jezt aber, Allenberg's Versicherung für gute Münze nehmend, ließ mein Vater sogleich Anstalt machen, den bisherigen Allenbergischen Laden zu benutzen. Allein am dritten Tage nach der Versiegelung erfuhren wir durch den Hrn Justizrath N. N., daß

---

[6]) Dem Gerichtsschreiber der klösterlichen Obrigkeit, deren Forum Allenberg und Dr. Sicken unterworfen waren.

Allenberg uns mit Unwahrheit berichtet hatte und es wurde verlangt, daß mein Vater das Eigenthum der Waaren, womit der Laden auf's Neue angefüllt war, nachweisen sollte; eine Nachweisung, die zwar auf der Stelle in Betreff derjenigen Waaren sich geben ließ, welche mein Vater verschrieben und worüber er die Rechnungen in Händen hatte; dagegen aber fehlte die Legitimation wegen der Kommissionswaaren, welche, als Matzen gehörig, meinem Vater überlassen waren, und worüber er wiederholt, aber bisher vergeblich, Matzen's Rechnung von Allenberg verlangt hatte. Diese Kommissionswaaren wurden deshalb vorläufig unter Siegel genommen.

Mein Vater begehrte nunmehr sehr ernsthaft, daß Allenberg Rechnung und Legitimation wegen der vorgeblichen Kommissionswaaren von Matzen beibringen solle, Allenberg versprach dieses zu thun, und reisete nach Hamburg.

§. 14.

Allenberg hatte bei dieser Gelegenheit eine so große Unruhe in seinem ganzen Betragen verrathen, daß wir nicht wenig bestürzt wurden. Mein Vater ergoß über mich das volle Maaß seines Unwillens. Auf mich hatte er sich in allen seinen Verbindungen mit Allenberg verlassen, und jezt war schon im ersten Beginnen die Ausführung seines wohl gemeinten Planes zerstört: der eben eröffnete Laden war wieder geschlossen, der angenommene Handlungsdiener entlassen, ein Theil der Waaren unter Siegel. Spott und Hohn auf den Gesichtern, wo man um sich blickte, verstärkte meines Vaters Ungestüm, mit welchem er in mich drang, ihn aus aller Verbindung mit Allenberg loszureißen, die ausgestellte Akte über 4000 Mk. wieder zu schaffen und jeden Schaden abzuwehren. In der Leidenschaft wurden fürchterliche Drohungen hinzugethan.

Begreiflich, daß ich fast alle Fassung verlor. Wie wäre es mir sonst möglich gewesen, in ein gewisses Dunkel zu hüllen, was

ich in das hellste Licht hätte stellen dürfen? Früher habe ich erzählt, wie Allenberg, nach Anleitung der gegen meinen Vater wegen der 4000 Mk. übernommenen Verbindlichkeit, Waaren in unser Haus gebracht hatte, woran meinem Vater Pfandrecht und sogar Eigenthum zuständig war, um sich wegen seines etwanigen Schadens aus der selbstschuldnerischen Verbürgung zu erholen. Auch mir sollten diese Waaren zum Pfande wegen derjenigen Verpflichtungen dienen, die ich selber gegen den Kaufmann Matzen für Allenberg übernommen hatte. Ein Theil dieser Waaren war jezt als Kommissionswaaren in den neuen Laden gebracht und bereits versiegelt, ein Theil aber in unserm Hause zurückgeblieben. Diesen Theil der Waaren hätten wir offensichtlich bis dahin zurückbehalten sollen, daß sich ausgewiesen haben würde, in wiefern mein Vater und ich wegen unserer Interceſſion schaden- und kostenfrei geblieben wären. Weil aber inzwischen meine Mutter, als sie ihre Stube und Schlafkammer reinigen lassen, die darin noch befindlichen Waaren in eine Kiste auf den Boden gebracht hatte; weil ich ferner entschlossen war, auf der Stelle nach Hamburg zu reisen, um meinem Vater die ungestüm zurückgeforderte Verschreibung wieder zu verschaffen, und ich daher, um Zeit zu gewinnen, alle Weitläuftigkeiten einer gerichtlichen Verhandlung vor der Hand zu vermeiden wünschte: so ließ ich es geschehen, daß in meiner Gegenwart die Waaren unter den Boden von meiner Mutter verpackt wurden. Meine Absicht blieb, an diesen Waaren das Recht des Eigenthumes und des Pfandes bis dahin auszuüben, daß ich die Verschreibung der 4000 Mk. in Händen und die Ueberzeugung gewonnen haben würde, aus der Interceſſion nicht weiter zu haften. Das mußte meine Reise nach Hamburg alsobald in's Klare bringen. Alsdann wollte ich die Waaren sogleich an die Masse überliefern, wozu ich um so mehr Zeit hatte, als noch kein Konkurs-Proklam ergangen und von dem Nachtheile einer versäumten Anmeldefrist noch nicht die Rede war.

Unter solchen Umständen und in solcher Absicht geschah das Verpacken der Waaren Sonnabends, den 18. Juni. Am andern Morgen begab ich mich nach Hamburg.

Während meiner Abwesenheit erfolgte eine Haussuchung. Man fand nicht die unter den Boden verpackten Waaren, aber einige andre, die unten in der Stube zurückgeblieben waren und die meine Aeltern, meine Rückkehr ängstlich erwartend, vorläufig in die Scheune gebracht hatten.

Die unter den Boden verpackten Waaren wurden gleich am Tage nach meiner Rückkehr, den 22. Juni, von meiner Mutter aus freien Stücken dem Gerichte zur Anzeige gebracht und demselben übergeben.

§. 15.

Auf meiner Reise nach Hamburg traf ich Allenberg schon hinter B. [7]) auf dem Rückwege. Er hatte einen versiegelten Brief des Kaufmanns Matzen an den Hrn Justizrath B. mit einem Verzeichnisse der Kommissionswaaren bei sich, damit diese Waaren, wie Allenberg sagte, an mich zurückgeliefert würden. Ich äusserte meine Absicht, die von meinem Vater ausgestellte Akte zurückzuholen, und wie ich das Gerücht erzählte, daß man bei dem Gärtner und Höker Schlött in N. wichtige Papiere von Allenberg gefunden haben wolle: so wurde Allenberg sehr bestürzt und faßte den Entschluß, mit mir wieder nach Hamburg zu reisen.

In Hamburg sprach ich blos F. Matzen, den Bruder des oft genannten Karl Matzen; ich sprach ihn blos, um Briefe in Empfang zu nehmen, und ohne mit ihm weiter in Unterhandlungen zu treten, oder umständliche Unterredungen anzuknüpfen. Er übergab mir ein Schreiben an des Herrn geheimen Konferenzrathes von N. N. Excel-

---

[7]) Einige Meilen von dem Flecken N., dem Wohnorte des Dr. S. und des Kaufmanns A.

lenz [8]), nebst einem Verzeichnisse der von Allenberg meinem Vater gelieferten Kommissionswaaren, die Matzen, wie er sagte, an mich zurückzugeben gebeten habe; ferner erhielt ich einen von Allenberg wegen dieser Waaren an Matzen geschriebenen Brief, der jedoch auf den 28. April zurückdatirt war; endlich bekam ich einen Brief, den Matzen früherhin an meinen Vater geschrieben, mit einer jedoch allererst jezt hinzugefügten Nachschrift des Inhalts, daß mein Vater die von Allenberg für Matzen abgegebenen Kommissionswaaren behalten möge, und daß man sich um den Preis schon vertragen werde. Diese Nachschrift sollte dasjenige beglaubigen, was Allenberg blos mündlich meinem Vater gesagt hatte; gleich wie Allenberg's Brief vom 28. April dasjenige schriftlich enthalten und nachweisen sollte, was von ihm früherhin nur mündlich mit Matzen besprochen war, nämlich diesen mit Waaren, statt baaren Geldes, zu befriedigen.

Diese Papiere ließ ich mir zwar zustellen, jedoch ohne weiter über die ganze Sache nachzudenken; denn gleichgültig war es mir, wer sich als Eigenthümer der Waaren legitimiren würde, da, wenn Matzen sich legitimirte, mein Vater diesem zu zahlen hatte, und dafür die Waaren behielt, sonst aber die Waaren an die Masse fielen, ohne daß mein Vater etwas zu zahlen verbunden war. Uebrigens ging mir auch die Kenntniß des wahren Verhältnisses zwischen Allenberg und Matzen völlig ab. Froh war ich darüber, daß die Bürgschaftsakte meines Vaters wieder in meine Hände gelangt und mir dadurch das Mittel gegeben war, des Vaters Zorn zu besänftigen. Allenberg hatte mir jene Akte gleich nach seinem ersten Besuche des Kaufmanns Matzen zurückgebracht.

§. 16.

Am ersten Morgen nach unserer Rückkehr gestand mir

---

[8]) Welcher nämlich als Probst der eigentliche Richter ist.

Allenberg, in Ansehung der Matzenschen Kommissionswaaren habe er meine Aeltern und mich hintergangen; es sei alles falsch, was deshalb zwischen ihm und Matzen verabredet worden; darum möge ich auch die Briefe nicht abgeben; seine entdeckten Papiere würden wider ihn zeugen; er wolle der Frau Priörinn die Wahrheit ganz erzählen und um Fürsprache bitten. Allenberg war auf dem Wege, als er arretirt wurde.

Denselben Morgen wurde ich mit meinen Aeltern vorgefordert und wegen der bei uns gefundenen Waaren vernommen. Ich konnte nicht umhin, die mitgebrachten Briefe zu überreichen und das auszusagen, was Allenberg gestanden hatte.

Das Einzelne der gerichtlichen Abhörungen übergehe ich, weil meine Erzählung bereits zureichend mein Verhältniß in dieser Sache aufgeklärt hat und weil Allenberg bis auf wenige Punkte in seinen Vernehmungen mit mir übereinstimmt. Allenberg weicht hauptsächlich darin in seinen Behauptungen von mir ab, daß er sagt, meinen Aeltern zwar sei es nicht anders bekannt gewesen, als daß die in ihr Haus gebrachten Waaren Matzensche Kommissionswaaren und an Zahlungs Statt dienende Waaren gewesen wären, ich selber aber habe das Gegentheil, und daß er sie nur an die Seite zu bringen beabsichtigt, gewußt, so wie mir auch bekannt gewesen, daß das Geld für die aus Lübeck gekauften Waaren nicht seiner Frau, sondern ihm gehört habe. Höchst betrübt ist es für mich, daß Allenberg bei seinem unwahren Vorgeben geblieben ist und daß auch die von mir selbst gewünschte und Statt gehabte Konfrontation nicht den Erfolg gehabt hat, den unwahrhaften Allenberg auf den Weg der Wahrheit zurück zu führen. Aber einiger Maaßen zum Troste, und auf jeden Fall zu meiner völligen Rechtfertigung, wird es dienen, daß Allenberg nicht blos von jeder Verleitung mich frei gesprochen, sondern anfänglich auch vor Gericht ausdrücklich erklärt hat, wie ich von ihm getäuscht und zu

dem Glauben verleitet sei, als wären die zu uns gebrachten Waaren wirklich Kommissionswaaren des Kaufmanns Matzen, und wie ich erst am Morgen seiner Arretirung das wahre Verhältniß erfahren habe. Diese Aussage Allenberg's ist allein richtig und durchaus kein Grund für ihn vorhanden, sie zu wiederrufen. Leider hat jedoch der ungegründete Wiederruf mir die Arretirung zugezogen, welche zwar nur einen Tag gedauert, aber doch höchst kränkend für mich gewesen und nur durch eine Kaution von 1000 Rthlrn. gehoben ist.

§. 17.

Warum Allenberg späterhin mich des Mitwissens beschuldigt und seine frühere Aussage wiederrufen hat, darüber geben die Akten keinen zureichenden Aufschluß. Er will sich gegen mich erboten haben, daß er die Schuld allein übernehmen und aussagen wolle, daß er mir erst am Morgen seiner Arretirung entdeckt, daß er auch mich hintergangen habe. Fern sei es von mir, einen unglücklichen Menschen ohne Noth in einem nachtheiligern Lichte erscheinen zu lassen, als in welchem er schon jezt sich zeigt; aber verwahren muß ich mich doch gegen die Annahme eines solchen freiwilligen Erbietens, wie es Allenberg gegen mich ausgesprochen haben will, und fast mögte ich behaupten, daß irgend ein geschäftiger Freund den schwachen Allenberg vermogt habe, mich in den beabsichtigten Unterschleif mit hineinzuziehen, vielleicht unter der Vorspiegelung, daß, je strafbarer ich erschiene, desto verzeihlicher Allenberg's Schuld sich darstellen würde.

Auch jener menschenfreundliche Kaufmann, dessen Rechnungen mit „Nichts als Redlichkeit" gestempelt sind, der aber gleichwohl „bei gehöriger Deckung" Allenberg'en die Hand gereicht hat, um die Gläubiger hinter's Licht zu führen, jener kluge Mann im Schottischen Keller, hat bei seiner Vernehmung in Hamburg die Schmähung gewagt, daß er sich zu den fraglichen Handlungen lediglich „auf Verleitung des Dr. Sicken" verstanden habe. Und

doch hat er dafür nicht eine einzige Thatsache anzuführen vermogt; ja, er hat nicht den mindesten Versuch gemacht, auch nur so oben hin seine Verläumdung anschaulich zu machen. Vielmehr hat er in seinen Aussagen so viele Beweise seiner Unredlichkeit, seiner Unwahrhaftigkeit und seiner Widersprüche beigebracht, daß der Stempel der Redlichkeit, dessen er sich bedient, nur als ein höhnischer Spott über das kaufmännische Vertrauen zu betrachten ist.

§. 18.

Was von meinem Vater, was von meiner Mutter, was insbesondere von mir zu Allenberg's Vortheil geschehen ist, bezweckte weiter nichts als redliche Unterstützung einer gedrückten Familie; blos den Akkord mit Allenberg's Gläubigern, und, wenn dieser fehlschlagen sollte, die Errichtung einer neuen Handlung, wollten wir vermitteln, damit die unglückliche Familie ihr ehrliches Fortkommen habe; eine Absicht, in welcher uns gegenwärtig andre Menschenfreunde gefolgt sind, obwohl Allenberg's Verirrungen nunmehr zu Tage liegen. Niemals habe ich einen Betrug fördern wollen, weder durch Rath, noch durch That, nicht einmal durch Mitwissen und Stillschweigen; dazu mangelte mir ohnehin jede Kenntniß der Handelsbücher und der übrigen geheimeren Umstände. Niemals hatte ich auch eine schlechte Meinung von Allenberg's Plänen. Und wie ich ohne Argwohn ihm diente, eben so uneigennützig war meine Handelsweise, was Allenberg überall bestätigt hat.

Mag hier und da ein strenger Richter mich von dem Vorwurfe der Unbedachtsamkeit nicht ganz frei sprechen: immer wird es mir zur Entschuldigung dienen, daß meine Handlungen auf Rechnung derjenigen guten Meinung fallen, welche ich von Allenberg gefaßt hatte; ich diente ohne Argwohn. Durchaus straflos werde ich auf jeden Fall erscheinen, weil, was ich auch immer für Allenberg gethan haben

mag, niemals die Gränzen eines streng rechtlichen Verhaltens von mir überschritten sind.

§. 19.

Daneben verdient es eine Beachtung, daß die von Allenberg beabsichtigten Versuren ohne Erfolg geblieben sind; denn die Masse hat keinen Schaden gelitten, indem noch früher, als das vom 15. Juni datirte Konkursproklam durch die öffentlichen Blätter zur Kunde gekommen, und früher, als ein Inventarium aufgenommen war, sämmtliche Waaren dem Gerichte überliefert worden sind. Auch hat sich mein Vater erboten, alle auf seinen Namen gekauften Waaren für den vollen Rechnungspreis zu behalten und auf eine etwanige Entschädigung zum Besten des Konkurses zu verzichten. Selbst dazu hat sich mein Vater verstanden, die Lübecker Waaren zu dem Einkaufspreise zu behalten und denselben an die Masse zu bezahlen. Endlich hat das Gericht, wie die Masse, eine gute Gelegenheit, sich wegen dessen, was der Kaufmann Matzen in Folge seiner Machinationen an die Masse zu erstatten oder dem Gerichte zu leisten hat, vollkommen zu erholen, da Matzen eines Theils ein zahlfähiger Mann, andern Theils mein Vater demselben wegen einer gewissen Summe verhaftet geblieben ist. Auf diese Summe hat das hochverehrliche Gericht bereits Beschlag gelegt und mein Vater hat vorläufig einen Wechsel, statt baarer Zahlung, in's Gericht geliefert.

§. 20.

Schließlich muß ich es beklagen, daß ich eine, gewiß nicht unbedeutende Praxis, in Folge der vorliegenden Untersuchung eingebüßt habe. Denn ich bin gerichtsseitig veranlaßt worden, vor der Hand mich der Advokatur zu enthalten und mein Notariatssiegel abzugeben. Vierzig anhängige Rechtssachen sind dadurch meiner Praxis entzogen. Meine Wiedereinsetzung wird niemals vollständig seyn kön-

nen, da ich immer den Verlust derjenigen Sachen, die mir anvertrauet waren und die ein reichliches Auskommen sicherten, werde ertragen müssen. Und mit wie vielen, wie erheblichen, ja mit wie unberechbaren und fast nicht zu besiegenden Schwierigkeiten, werde ich zu kämpfen haben, um das vorige Zutrauen als Geschäftsmann wieder zu gewinnen! Einer Untersuchung der Art, wie sie mich unglücklicher Weise betroffen, entzieht man sich schwerlich, ohne in der Meinung des Publikums zu verlieren; denn so unbillig ist einmal das Urtheil des großen Haufens, daß selten zugegeben wird, jemand könne ohne alle Schuld in eine kränkende Untersuchung zu gerathen das Unglück gehabt haben. Mit dieser traurigen Betrachtung schließe ich meine Erzählung. Möge wenigstens so viel mir gelungen seyn, in den Augen vorurtheilsfreier und hellsehender Beurtheiler gerechtfertigt zu erscheinen!

Rechtliche Ausführung.

§. 21.

Die Aufforderung, einem Angeschuldigten das Wort zu reden, enthält eine dringende Mahnung, Nächstenliebe auszuüben und Berufspflichten zu erfüllen. Wer auch immer der Angeklagte sei, wie gering ihn die Welt schätze, wie abscheulich das Vergehen erscheine, dessen er bezüchtigt wird, und wie überzeugend auch die Beweise seyn mögen, die man in Händen hat: unter allen Umständen wird Moral, Religion, und Gesetz, es uns zur heiligsten Pflicht auflegen, mit allem Eifer uns des Angeschuldigten anzunehmen. Denn wäre die Anklage ohne Grund, beruhete sie etwa nur auf Misverständniß, und liefe der Angeschuldigte gleichwohl Gefahr, in dem Gewirre menschlicher Begebenheiten und menschlicher Einrichtungen unterzugehen, oder dem Vorurtheile, dem Schwachsinne, vielleicht gar der Leidenschaft und der Parteilichkeit zu unterliegen: wem würde dann nicht sein

Herz, wenn er ein fühlendes im Busen trägt, durch verdoppeltes Pochen das Gebot verkünden, daß er alle seine geistigen Kräfte sammlen müsse, die falschen Ansichten zu berichtigen, die Misverständnisse aufzuklären, das Gewirre in den Thatsachen zu entwickeln, Recht und Gesetz in's Licht zu stellen, und den Angeschuldigten gegen Vorurtheile, Schwachsinn, Leidenschaft und Parteilichkeit in Schutz zu nehmen? Angenommen aber auch, der Angeklagte hätte in Wahrheit gegen die bestehende Ordnung sich vergangen und er verdiente mit allem Rechte eine Strafe: wer sollte nicht ein edles Verlangen fühlen, dahin zu wirken, daß der Richter in der Anwendung peinlicher Gesetze Maaß und Ziel nicht überschreite? Denn wo ein Urtheil über die Gränzen der Gesetze hinausgeht, da ist Willkür, und wer härter bestraft wird, als er gesetzlich verdient, der leidet schreiendes Unrecht, und kein geringeres als jener, welcher unschuldig einer Strafe unterliegt. Wer eine solche einfache Wahrheit aufgefaßt hat, wird sich schwerlich eine Beschämung ersparen können, wenn er eine Vertheidigung, voll Vertrauen erbeten, von sich ablehnt; er wird die Beschämung desto stärker empfinden, je mehr er sich bewußt ist, einen Strafloſen seinem Schicksale überlassen zu haben. Dieser Fall würde hier eintreten. Der Dr. Sicken darf, bei ruhiger Prüfung und vorurtheilsfreier Ansicht, nur als straflos betrachtet werden.

§. 22.

Der Zweck einer gerichtlichen Vertheidigung kann nur darin bestehen, zu zeigen, in wie fern nicht gegen die bürgerlichen Strafgesetze gefehlt sei; denn blos das Ueberschreiten solcher Gesetze hat der Richter zu ahnden. Ob jemand moralische Pflichten verletzt habe, Pflichten, die vor dem bürgerlichen Richterstuhle als unvollkommne betrachtet und darum hier unbeachtet gelassen werden; ob jemand sich nach den Ansichten der Welt schicklich, anständig, ehrbar, ob er sich vorsichtig, gescheidt, klug betragen, kurz, ob jemand

gegen die Sittengesetze und die Regeln der Konvenienz gefehlt habe, oder nicht: das Alles liegt nicht dem gerichtlichen Vertheidiger zunächst ob, auseinander zu setzen. In vielen Fällen würde die Vermengung des streng Rechtlichen mit dem blos Sittlichen gar leicht die einzig festzuhaltende Rücksicht umnebeln, ob der Angeschuldigte vor dem Gesetze des Staates strafwürdig sei. Darum wird auch nur diese Rücksicht in der folgenden rechtlichen Ausführung festgehalten werden. Der Dr. Sicken selber hat in seiner faktischen Darstellung zureichende Thatsachen beigebracht, um denselben auch aus einem andern Gesichtspunkte beurtheilen zu können.

§. 23.

Gleichwie aber, was blos in den Umfang der Moral gehört, von der richterlichen Entscheidung ausgeschlossen bleibt, so hat auch in Ansehung der Beweise der Schuld oder Unschuld die Vertheidigung ihr Augenmerk vorzüglich nur darauf zu richten, den etwanigen Mangel des juridischen Beweises bemerklich zu machen, eben weil nach der moralischen Ueberzeugung von der Schuld niemand in unsern Gerichten bestraft werden darf. Freilich ist die moralische Ueberzeugung eines parteilosen, edelgesinnten, kenntnißreichen, erfahrnen und scharfsinnigen Mannes, sehr hoch zu schätzen; und welcher Angeschuldigte, wenn guter Leumund ihm anders kein bedeutungsloser Name ist, würde nicht seiner Vertheidigung höchstes Ziel darin setzen, auch nach der bloßen moralischen Ueberzeugung achtungswerther Mitbürger rein und fleckenlos zu erscheinen? Allein unser Verfahren in peinlichen Sachen, wie die Einrichtung unserer Kriminalgerichte, ist gar nicht darauf berechnet, die Gewinnung einer moralischen Ueberzeugung in ihrer ganzen Vollkommenheit möglich zu machen. Wenn selbst in jenen Staaten, wo die Oeffentlichkeit des Verfahrens, die mündliche Verhandlung, die förmliche Anklage, die mündliche, durch keine Fesseln gehemmte Vertheidigung, auf jede denkbare Weise der mora-

lischen Ueberzeugung vorarbeitet, wenn selbst in jenen Staaten, wo die moralische Ueberzeugung der Urtheiler nur dann von Werth ist, wenn sie sich auf gleiche Weise in der Seele von zwölf achtbaren, jedem Tadel des Angeschuldigten entgangener und gleichsam frei gewählter Mitbürger ausspricht, wenn selbst in solchen Staaten und bei einer solchen Einrichtung die moralische Ueberzeugung nicht frei von Trug und Irrthum geblieben ist: so wird der besonnene Vertheidiger in unsern Gerichten höchst selten es angemessen finden, auf die moralische Ueberzeugung hinzuarbeiten. Denn er spricht aus todten, nicht jedermann zugänglichen Akten; er schreibt in todte, nur dem Gerichte bekannte Akten; er hat nicht einmal in der Ordnung einen Ankläger gegen sich über, der den Umfang der Anschuldigung darlegt und eine bestimmte Art der Vertheidigung möglich macht; er redet endlich zu Richtern, die ihrer moralischen Ueberzeugung schon darum mistrauen, weil selbige nicht in der gleichen Ueberzeugung einer Menge von Kollegen Halt und Stütze findet, und die, wenn sie ihr Amt gewissenhaft ausüben, schon darum dem unbestimmten Gefühle von dem Daseyn der Schuld oder Unschuld keinen Werth beilegen, weil unsere peinliche Gesetzgebung den Beweis an gewisse bestimmte Regeln geknüpft hat.

In dieser Betrachtung ist der Grund zu suchen, warum in der folgenden Ausführung, wenn von dem Beweise die Rede seyn wird, das Bestreben zunächst nur dahin gerichtet werden soll, die Wahrheit oder Unwahrheit nach juridischen Regeln zu untersuchen. Hierauf wird man sich um so mehr zu beschränken Veranlassung haben, da in der faktischen Darstellung des Doktors Sicken ein reicher Stoff zur behutsamen Bestimmung des moralischen Urtheils anzutreffen ist.

§. 24.

Betrachtet man nunmehr die einzelnen Handlungen, wegen welcher die Untersuchung Statt gefunden und welche

allenfalls eine Aufmerksamkeit bei der Vertheidigung verdienen: so gehört hierher theils die Aufnahme und Verbergung der Waaren, theils die Anfertigung und Anmeldung des von Allenberg an Matzen ausgestellten Wechsels; endlich mag es vielleicht nicht undienlich scheinen, auch über den an Johnchen ausgestellten Wechsel etwas zu sagen, weil derselbe, obgleich bezahlt, angemeldet worden.

So viel ist auch einleuchtend, daß das angeschuldigte Vergehen, wegen dessen die Untersuchung gegen den Dr. Sicken Statt gefunden, in der Theilnahme an einem beabsichtigten betrügerischen Bankerott bestehen soll. Es sind folglich die rechtlichen Grundsätze von Betrug im Allgemeinen, und von betrügerischem Bankerott insbesondere, hier in Erwägung zu ziehen. Landes-Verordnungen und Verfügungen über Bankerott, die vor diesem hochverehrlichen Gerichte Anwendbarkeit hätten, giebt es nicht; daher hier blos auf das gemeine Rechte zu sehen ist. Die peinliche Gerichtsordnung handelt blos von einzelnen Arten der Fälschung z. B. der Münzen, Maaß und Gewicht u. d. g.; aber weder enthält sie allgemeine Bestimmungen über den Betrug, noch kennt sie ein eigenes Vergehen des betrügerischen Bankerotts. Dagegen finden sich hierüber in den Reichs-Polizei-Ordnungen von 1548 und 1577 einige Bestimmungen, wie denn die allgemeinen Grundsätze über den Betrug im Römischen Rechte zu suchen sind.

§. 25.

Jene beiden Polizei-Ordnungen sind in dem Titel: „Von verdorbenen Kaufleuten" übereinstimmend. Sie setzen den Fall voraus, daß ein Kaufmann oder Gewerbtreibender gefährlicher und betrüglicher Weise Geld oder Waaren aufnimmt, durch sein Verschulden in Verfall geräth, flüchtig wird, und anderwärts ohne Einwilligung seiner Gläu-

biger Schutz und Aufnahme findet. Dann heißt es (R. P. O. von 1577. Tit. 23. §. 1. 2.) weiter:

„Dieweil solche betrügliche und schädliche Handlungen, die sich einem Diebstahl wohl vergleichen, dem gemeinen Nutz zu Nachtheil reichen;

So setzen, ordnen und wöllen Wir, daß solche Handthierer und Gewerbsleut, so sie fürsetzlicher oder betrüglicher Weise, und nicht aus kündlichem zugestandenen Unfall ausstehen, Bankenrott machen, außtrinnig werden, hinfüro von keiner Herrschaft oder Obrigkeit aufgenommen, noch ohn Willen der Gläubiger vergleytet und geduldet, sondern wo die betretten, zu Hafften angenommen, den Klägern zu Recht gehalten, und nach Gestalt der Sachen gestrafft, auch so sie wieder zu häußlichen Wohnungen kommen, als dann zu keinen Aemptern oder Dignitäten gezogen werden sollen."

Hiernach gehört also zum Thatbestande eines strafwürdigen Bankerotts: eine vorsätzliche, betrügliche Handlungsweise, Bankerott selbst, Flucht, Aufnahme oder Vergeleitung an einem andern Orte und zwar wider Willen der Gläubiger. Die Strafe soll Statt finden „nach Gestalt der Sachen," also willkürlich, d. h. nach richterlichem Ermessen aller vorliegenden Umstände. Meister, ein vorzüglicher Führer in der Wissenschaft des peinlichen Rechts, nimmt Rücksicht auf die Größe der Argliſt und des Schadens, und hebt unter den arbiträren Strafen nur die Gefängnißstrafe hervor. [9]).

§. 26.

Nach den eben angeführten Gesetzen wird bei dem strafwürdigen Bankerott eine betrügliche Handlungsweise vorausgesetzt. Der Betrug aber erfordert drei Merkmale: Täuschung durch Vorenthaltung wahrer, oder Mittheilung

---

[9]) G. J. F. Meister, Princ. jur crim. §. 228.

falscher Thatsachen; ferner arglistige Absicht, jemand in seinen Rechten zu kränken; endlich Verletzung oder Uebervortheilung eines Dritten in seinen Rechten [10]). Aus Irrthum, oder aus Fahrlässigkeit, Verschulden, Unbesonnenheit, kann niemand einen Betrug begehen; stets wird Vorsatz oder Bewußtseyn, Anderen zu schaden, bei diesem Vergehen vorausgesetzt [11]). Ist noch keine Verletzung eingetreten: so ist das Vergehen des Betruges noch nicht vollendet; es bleibt dann ein bloßer Versuch, sollte es auch an den übrigen Erfordernissen des Betruges nicht mangeln. Dies ergiebt sich aus der

P. G. O. Art. 112 (. . . schedlich geschicht)

Art. 113 (. . . und die für gerecht gebraucht und außgibt)

Art. 115 (. . . zu nachtheyl und dem widertheyl zu gut)

Auch sind für diese Auslegung der P. G. O. die angesehensten Lehrer des Kriminalrechts, z. B. Ch. F. G. Meister (der ältere) [12]), G. J. F. Meister (der jüngere) [13]), Grolmann [14]). Namentlich wird von Tittmann [15]) in Bezug auf den Fall, da ein Bankerottirer durch Verheimlichung des wahren Vermögenbestandes seine Gläubiger zu einer Abfindung nöthigen wollte, die Meinung aufgestellt, daß die Betrügerei nur dann vollendet sei, wenn

---

10) Meister, a. a. O. §. 225.

11) Meister, a. a. O. §. 225. Tittmann, Handbuch des peinl. Rechts. Th. 3. §. 512. Feuerbach, Lehrb. des peinl. Rechts. §. 413. (4te Aufl.).

12) Rechtl. Erkenntnisse und Gutachten in peinl. Fällen Th. 4. Dec. 99. (in den Worten: „auch dieses Vergehen (crimen falsi) nicht anders, als durch den Erfolg des Schadens, vollendet wird).

13) Princ. jur. crim. 225.

14) Grundsl. der K. R. W. §. 290.

15) a. a. O. §. 519.

der Schuldner wirklich einen Akkord mit seinen Gläubigern auf Procente erreicht habe.

Daß übrigens der Versuch viel gelinder geahndet werde, als das vollbrachte Vergehen selbst, daß sogar jede Strafbarkeit wegfalle, wenn jemand von einem beabsichtigten Vergehen aus freien Stücken zurückgetreten ist [16]), das bedarf kaum beiläufig einer Andeutung.

§. 27.

Dies wären im Allgemeinen diejenigen Gesetze und rechtlichen Grundsätze, welche bei der Beurtheilung des vorliegenden Falles zur Richtschnur dienen müssen. Denn ob der Dr. Sicken auch seine Pflichten als Advokat und Notar verletzt habe, wird kaum obenhin in Berührung kommen. Als Notar hat er für Allenberg nur ein einziges Mal gehandelt und zwar auf eine solche Weise, daß, wie sich unten ergeben wird, eine Pflichtverletzung nicht wohl denkbar ist. Als Advokat ist er eigentlich gar nicht in den Allenbergischen Angelegenheiten aufgetreten; nur als Privatmann. Was Dr. Sicken sprach und schrieb, was er that und was er unterließ, das geschah von ihm und unterblieb deshalb, weil er Allenberg's genauer Freund war. In manchen Verhältnissen wird man auch nicht vergessen dürfen, daß der Dr. Sicken für seine Aeltern, hauptsächlich für seinen Vater handelte, dessen Schaden und Nachtheil er abzuwehren hatte, so viel es mit Beifall der Rechte geschehen durfte. Endlich war dem Dr. Sicken auch für seine eigene Person der Gang der Allenbergischen Angelegenheiten nicht gleichgültig, weil er persönliche Verbindlichkeiten für seinen Freund übernommen und deshalb alle Ursache hatte, sich wider Gefahr und Verlust nach Möglichkeit zu sichern.

---

[16]) P. G. O. Art. 178.

§. 28.

Nachdem bisher der Standpunkt gesucht und festgestellt worden, aus welchem die Vertheidigung nach Zweck und Umfang, die Anschuldigungen in Rücksicht ihrer Natur und Beschaffenheit, wie der dahin einschlagenden gesetzlichen Bestimmungen und rechtlichen Grundsätze, und endlich der Beschuldigte selber in Bezug auf sein persönliches Verhältniß, zu beurtheilen ist, wird die Prüfung der einzelnen Begebenheiten mit mehr Einfachheit und Klarheit, mit bestimmterer Richtung, und in einer beschränkteren Umfänglichkeit, Statt finden können.

Zuerst von der Aufnahme und Verbergung der Waaren. Hier sind drei verschiedene Fälle: Aufnahme von Waaren zur Sicherstellung des Lederhändlers Sicken und dessen Sohnes, Annahme angeblicher Kommissionswaaren des Kaufmanns Matzen, und Aufnahme der von Lübeck, angeblich mit dem Gelde der Allenbergischen Ehefrau, gekauften Waaren.

Die Annahme von Waaren, um sich sicher zu stellen, erscheint in keiner Beziehung unerlaubt, nicht einmal tadelnswerth. Abgesehen von den Verbindlichkeiten, die der Dr. Sicken gegen den Kaufmann Matzen für Allenberg übernommen, so reicht es schon hin, auf die Interceſſion des Lederhändlers Sicken und die Verpfändung und Cession von Seiten des Kaufmanns Allenberg hinzuweisen. Sicken hatte, zur Förderung eines Akkords mit den Allenbergischen Gläubigern, als Selbstschuldner wegen 4000 Mk. sich verbürgt; Allenberg dagegen nicht nur sein Lager verpfändet, vielmehr auch, so weit es zur Deckung nöthig seyn würde, das Eigenthum seiner Waaren auf Sicken übertragen. Aus dieser Verabredung konnte den Gläubigern kein Nachtheil entstehen; denn sie war bedingt durch die Abschliessung eines Akkords. Schlug aber der Akkord fehl: so hatte Sicken keine 4000 Mk. zu zahlen, und Verpfändung und Cession war

ohne Erfolg. Sicken so wenig, als Allenberg, kann in jener Verabredung etwas Unerlaubtes gefunden haben, da dieselbe vor der klösterlichen Obrigkeit eingegangen wurde. Aber auch die Obrigkeit selbst muß jene Verabredung für so rechtlich erlaubt angesehen haben, wie sie wirklich war, weil bei einer entgegen gesetzten Ansicht die gerichtliche Beglaubigung hätte versagt werden müssen.

Verpfändung und Cession sind ohne Zweifel gültige Titel, um darauf Besitz zu gründen; folglich war die Annahme der Waaren dem Pfandgläubiger und Cessionar völlig erlaubt. Daß aber das Herumbringen der Waaren mit einer gewissen Heimlichkeit, nämlich des Abends, betrieben wurde, ist da unerheblich, wo die Berechtigung zum Empfang unbestreitbar erscheint. Der Empfänger mogte denken, daß Allenberg, damals noch im Akkordiren begriffen, seinen Kredit als handelnder Kaufmann behutsam schonen und darum nicht gerade bei Tage und vor allen Leuten seine Bude um einen beträchtlichen Theil der Waaren verringern wolle. Eine Ansicht dieser Art wäre sehr natürlich gewesen. Doch damit verhalte es sich, wie es wolle; genug, daß Sicken das Recht zum Besitze für sich hatte, und daß Allenberg die Sickenschen Aeltern von jedem Mitwissen um seine heimlichen Absichten frei spricht.

§. 29.

Aber den Dr. Sicken selbst beschuldigt Allenberg, darum gewußt zu haben, daß die Waaren nicht an Zahlungs Statt dienen sollten. In allen Verhören wird die Sache so vorgestellt, als bezöge sich die Ablieferung an Zahlungs Statt auf eine Vergeltung verschiedener Bemühungen, welche Dr. Sicken für Allenberg gehabt und wegen welcher er eine Forderung beim Proklam angegeben habe. Dagegen vermißt man eine ausdrückliche Aussage des Allenberg darüber, ob die Waaren nicht dem Vater vermöge der Cession zugekommen wären. Dr. Sicken hingegen behauptet, daß die Waa-

ren an Zahlungs Statt gegeben worden, theils wegen Bemühungen, theils wegen Sicherstellung der Interceſſion des Vaters und ſeiner ſelbſt. Daneben räumt Dr. Sicken zwar ein, daß er vermutet, Allenberg werde ſich mit den Waaren demnächſt helfen wollen; er verſichert aber zugleich, die Abſicht gehabt zu haben, die Waaren an die Maſſe abzuliefern, ſobald ein Konkursproklam bekannt gemacht wäre.

Was nun Allenberg's Behauptung betrifft: ſo ſteht ſie im Widerſpruch mit ſeiner im erſten Verhöre gegebenen Ausſage, wornach er erſt am Morgen ſeiner Arretirung den Dr. Sicken mit ſeinen eigentlichen Abſichten bekannt gemacht und ihm die bisherige Täuſchung entdeckt haben will. Wann hat Allenberg die Wahrheit geredet? Im erſten Verhör, gleich nach ſeiner Arretirung, zu eben der Zeit, wo er ſeine Verirrungen bekannte? Oder ſpäterhin, nachdem zu ſeinem Gefängniſſe Zutritt Statt gefunden, nachdem er Zeit gehabt, ſich auf eine Vertheidigung, ſei ſie dienlich oder nicht, zu beſinnen? Iſt es glaublich, ja nur wahrſcheinlich, daß Allenberg, der gleich im erſten Verhöre offen geſtand, blos den Dr. Sicken unter Verläugnung der Wahrheit begünſtigt habe? Warum nimmt er hinterher gar nichts weiter zurück, als was dem Dr. Sicken dienlich war?

Dieſe und ähnliche Fragen zu erörtern, iſt völlig nutzlos. Geſetzt, Allenberg hätte manche gute Eigenſchaft: auf keinen Fall hat er die eines glaubwürdigen Mannes; denn er iſt nicht blos ein gewöhnlicher Inkulpat, deſſen Behauptungen einem Mitinkulpaten unſchädlich ſind, er iſt vielmehr gerade eines ſolchen Vergehens überall geſtändig, welches ſeiner Perſon alle Glaubwürdigkeit nimmt, des Vergehens eines betrüglichen Bankerotts. Wie demnach Allenberg's ſpätere Ausſage ohne alle juridiſche Beweiskraft iſt, ſo wird ſie auch nicht einmal dazu beitragen, eine moraliſche Ueberzeugung zu unterſtützen. Denn wer wird einem Falſarius, und wenn er dieſes auch blos aus Leichtſinn geworden wäre,

mehr Glauben beimessen, als einem Advokaten, zumal in einem Falle, wo ein Vergehen in Frage steht?

§. 30.

Gesetzt indessen, der Besitz der Waaren wäre ohne Grund gewesen, und Dr. Sicken hätte um Allenberg's Absichten gewußt, obgleich gerade das Gegentheil anzunehmen ist: so bliebe doch die Frage übrig, in welchem Augenblick eine sträfliche Theilnahme an dem Vergehen des betrüglichen Bankerotts beginnen könne? So lange Allenberg die freie Verfügung über seine Güter hatte, war es rechtlich undenkbar, in jenes Vergehen zu verfallen, eben weil die Gläubiger erst nach der Abtretung des Vermögens das Verfügungsrecht des Schuldners ausschliessen und alsdann erst in ihren Rechten durch eine Verschleppung können gekränkt werden. Man kann blos so viel einräumen, daß die vor dem Konkurse unternommene Verschleppung von Waaren in ein Vergehen ausarten kann, nachdem der Konknrs ausgebrochen ist. Alsdann nämlich kann die Verschleppung dem Gemeinschuldner sträflich angerechnet werden, wenn er bei der Aufnahme des Inventars den Manifestationseid ableistet, ohne die verschleppten Sachen anzugeben und wieder herbeizuschaffen.

Bei der Aufnahme des Inventars nämlich soll der Gemeinschuldner angeben, was noch zu seinem Vermögen gehört, und der Manifestationseid soll seine Angabe beglaubigen. Die Versiegelung hingegen ist kein entscheidender Zeitpunkt, weil sie nur solche Sachen sicher zu stellen bezweckt, die sich dermalen noch im Verwahrsam oder Besitz des Gemeinschuldners befinden. Weil aber vor Aufnahme eines Inventars die weggebrachten Sachen sämmtlich zurückgestellt worden: so ist der Gemeinschuldner, was diese Sachen anlangt, keines Vergehens schuldig, folglich auch die entfernteste Theilnahme an einem Vergehen juridisch unmöglich.

Es ist eben deshalb fast überflüssig auszuführen, daß

die Theilnehmer an einer beabsichtigten Verschleppung allererst durch das Konkursproklam verbindlich werden, die bei ihnen befindlichen Sachen auszuliefern und daß sie damit solange befristet sind, als die im Proklam den Schuldnern vorgeschriebene Frist noch fortläuft. Einen andern Zeitraum anzunehmen, um eine straffällige Theilnahme beginnen zu lassen, dazu mangelt es durchaus an rechtlichen Gründen. Erst das Konkursproklam enthält das Gebot der Anmeldung für diejenigen, welche der Masse verhaftet sind; es ist die erste officielle Kundmachung des Konkurses. Kein Richter, ja kein vernünftiger Laie in der Rechtswissenschaft, wird einen Zweifel hegen, daß derjenige durchaus straflos sei, dem der Gemeinschuldner vor dem Konkurse Sachen in Verwahrung gegeben hat, und der zwar nicht bei der ersten Nachricht von dem Konkurse, aber doch vor Ablauf der gesetzlichen Frist von 12 Wochen nach der dritten Bekanntmachung des Proklams, die verwahrten Sachen anmeldet und einliefert. Wenn jemand aber solange gesetzlich befristet ist, so kann es ihm auch nicht zum Vorwurfe gereichen, wenn er vor Bekanntmachung eines Proklams die Sachen geheim gehalten hat [17]).

---

17) Ausländern ist zur Aufklärung des hier Gesagten nöthig zu bemerken, daß die Schleswig-Holsteinischen Proklame eine Aufforderung nicht blos der Gläubiger, sondern auch der Schuldner enthalten, und daß keine Tagefahrt zum Zweck der Angabe Statt findet, sondern eine Frist von 12 Wochen (für Einheimische auch von 6 Wochen), die von der dritten Bekanntmachung des Proklams berechnet werden. Die k. Dän. Verordnung vom 6. Nov. 1782, das Justizwesen in der Landschaft Norderdithmarschen (Herzogthums Holstein) betreffend, erkennt es an, daß vor dem Ablaufe des Proklams das Vergehen der Verschleppung auf Seiten dritter Personen nicht vorhanden sei, indem es im §. 32 heißt: „Würde jemand, der etwas solchergestalt an sich gebracht oder auch einige von dem Schuldner bei Seite geschaffte Güter in Empfang genommen hätte, das an sich gebrachte oder sonst angenommene Gut

Zugeben kann man, daß es der Obrigkeit unbenommen sei, verheimlichten Sachen schon vor Ablauf jener Frist nachspüren und selbige vorläufig in Beschlag nehmen zu lassen. Aber dann muß man auch einräumen, daß man an Bestrafung nicht denken dürfe, eben deshalb, weil man der Möglichkeit eines künftigen Vergehens durch eine solche Maaßregel vorgebeugt hat.

Uebrigens hat der Dr. Sicken an gar keiner strafbaren Verheimlichung Theil genommen; denn als die obrigkeitliche Nachforschung in seinem älterlichen Hause Statt fand, war er abwesend, und gleich nach seiner Rückkehr wurde aus freien Stücken angemeldet, was die Haussuchung nicht entdeckt hatte. Daß aber die Aeltern nicht sogleich bei der Haussuchung alle Offenheit bewiesen, dafür würde der Dr. Sicken nicht verantwortlich seyn, wenn auch die Aeltern nicht so hinreichend durch das oben Angeführte gerechtfertigt wären, wie sie es gleichwohl sind.

§. 31.

Was sodann die angeblichen Kommissionswaaren betrifft: so stellt Dr. Sicken ebenfalls in Abrede, daß er bei Annahme derselben von der beabsichtigten Versur unterrichtet gewesen; Allenberg aber behauptet das Gegentheil. Hier steht also wiederum die anklagende Behauptung eines unglaubwürdigen Inkulpaten der Versicherung eines, blos

---

nicht vor abgelaufenem Konkursproklamate in der Kirchspielschreiberei angeben: so wäre er dasselbe ohne Entgeld auszuliefern und der Masse Schaden und Kosten zu ersetzen schuldig, auch ausserdem nach Beschaffenheit des Falles willkürlich zu bestrafen.“ Obgleich diese Verordnung nur in einem gewissen Distrikte Holsteins gilt: so beweist sie doch, in Ermangelung besonderer Gründe, welche gerade die fragliche Bestimmung für Norderdithmarschen rathsam gemacht hätten, die Uebereinstimmung des Gesetzgebers mit der oben entwickelten Ansicht.

in der Vertheidigung begriffenen Mannes, erfolglos gegen über. Darum, und weil in der obigen Erzählung des Dr. Sicken dieser Punkt ohnehin aufgeklärt ist, wird es nur einer bloßen Hinweisung auf einige Umstände bedürfen, damit die Schuldlosigkeit klar hervortrete.

Allenberg giebt zu, daß den Aeltern des Dr. Sicken gesagt sei, die Waaren wären Kommissionswaaren des Kaufmanns Matzen. Warum sollte er denn nicht auch dem Dr. Sicken so etwas vorgespiegelt haben? Hatte aber vielleicht der Dr. Sicken selber den Rath ertheilt, den Vorwand der Kommissionswaaren zu gebrauchen? Das behauptet Allenberg keineswegs. Warum sollte aber der erfahrne Kaufmann, bedacht auf einen Akkord, und geleitet von dem klugen Manne im Schottischen Keller, der die Sicherstellung der Waaren als eine von selbst einleuchtende Maaßregel empfohlen hatte, ohne alle Noth den Dr. Sicken zum Vertrauten seiner Versuren gemacht haben? Hatte etwa der Dr. Sicken eine Gewandheit in dergleichen Geschäften bewiesen? Im Gegentheil wird jeder verständige Leser der Akten das Urtheil unterschreiben, daß der Dr. Sicken gar kein Studium daraus gemacht, noch weniger Talent dafür hat, dergleichen kaufmännische Versuren einzuleiten und durchzuführen; ja man muß es freimütig heraussagen, daß es ihm nicht selten an der nothwendigen Besonnenheit mangelt, um sich nicht in der Wahl und Durchführung der ihm nach Lage der Sache zu Gebote stehenden Vertheidigungsmittel zu vergreifen. Oder sollte man endlich wähnen, Allenberg habe den Dr. Sicken gewinnen müssen? Auch das wäre irrig. Dr. Sicken hat sich niemals einen Antheil für sein vorgebliches Mitwissen ausbedungen; das sagt Allenberg selbst. Daher ist es auch nicht wohl denkbar, daß Allenberg ohne alle Veranlassung seinen Freund, der keinen Rath ertheilt, der unerfahren in kaufmännischen Versuren und dazu untauglich ist, der endlich nicht durch Bestechung zu gewinnen war, mit seinen Plänen bekannt gemacht hat.

Daß übrigens der Kaufmann Allenberg wirklich Kommissionswaaren von Matzen empfangen oder dieses doch dem Dr. Sicken vorgesprochen habe, ergiebt sich nicht undeutlich aus Allenberg's Abhörung vom 29. Juni, und seine Aussagen lassen blos so viel zweifelhaft, ob solche Kommissionswaaren bei ihm geblieben, oder in das Sickensche Haus gebracht sind.

§. 32.

Aufmerksamkeit verdient auch die Anführung des Dr. Sicken, daß er bei dem Kaufmann Matzen sich wegen der Waaren, welche derselbe während der Unterhandlung mit den Gläubigern senden würde, verbürgt habe. Schon darum hätte er die Befugniß gehabt, sich zu seiner Deckung die Waaren übergeben zu lassen und sie nur in so weit, wie sie Allenberg im Laden gebrauchte, zurück zu geben. Angenommen auch, Dr. Sicken hätte um die falsche Vorspiegelung gewußt: so stand ihm und seinem Vater doch das Recht zu, dergleichen Waaren, die Allenberg'en wirklich gehörten, zur Sicherung der Interceſſion sogar an Zahlungs Statt anzunehmen. Ueber diesen Punkt ist bereits bei Gelegenheit des ersten Falles (§. 28 ff.) ausreichend gesprochen.

Endlich, mag nun der Dr. Sicken schon bei seiner lezten Anwesenheit in Hamburg, oder erst am Morgen von Allenberg's Arretirung, die Täuschung wegen der Kommissionswaaren erfahren haben; ja, wäre es richtig, was Dr. Sicken in Abrede stellt, daß er schon früherhin von dem wahren Verhältniß in Kenntniß gesetzt worden: so würde das alles ohne rechtlichen Erfolg bleiben, weil vor der öffentlichen Bekanntmachung des Konkursproklams sämmtliche Waaren, vorgebliche Kommissionswaaren und andere, an die Masse oder das Gericht abgeliefert waren, ohne daß dem Dr. Sicken selbst ein widerrechtliches Vorenthalten zur Last fällt. Auch dieser Punkt hat bereits oben (§. 30) seine rechtliche Erörterung gefunden.

§. 33.

In Betreff der von Lübeck verschriebenen Waaren versichert der Dr. Sicken geglaubt zu haben, daß das Geld dafür von Allenberg's Frau herrühre; Allenberg hingegen erklärt, daß er jenem keinesweges gesagt, das Geld gehöre seiner Frau. Dies ist aktenmässig die einzige, etwas erhebliche Abweichung in Beider Aussagen. Ein Irrthum auf der einen oder andern Seite wäre wohl denkbar; auf jeden Fall verdient Allenberg's Aussage keinen Glauben vor Gericht. Jedoch wird das, was Dr. Sicken gewisser Maaßen zur Entschuldigung anführt, rechtlich gar nicht einmal nothwendig. Wenn man nämlich von der Voraussetzung ausgeht, die Lübecker Waaren hätten sogleich in das Eigenthum des Kaufmanns Allenberg übergehen sollen: so würde vor Ausbruch des Konkurses und so lange Allenberg über seine Baarschaften, wie über seine sonstigen Güter, verfügen durfte, in der Anschaffung jener Waaren mit Allenberg's eigenem Gelde gar keine Betrügerei anzutreffen seyn, weil niemand sich selbst betrügen oder bestehlen kann. Und weil schon vor dem Bekanntwerden des Konkursproklams, und noch viel früher, als an die Aufnahme eines Inventars und die Leistung eines Manifestationseides gedacht wurde, das ganze Verhältniß vor Gericht freiwillig aufgeklärt ist: so hat unmöglicher Weise, den weiter oben nachgewiesenen Grundsätzen gemäß, auch nur der Versuch eines Vergehens seinen Anfang nehmen können.

Wenn man aber von einer andern Seite die Sache ansehen und annehmen will, die Lübecker Waaren hätten, vor der Hand wenigstens, zu dem übrigen Waarenvorrathe des Lederhändlers Sicken oder seines Sohnes als dessen Eigenthum gehören sollen: so würde sich das von Allenberg gegebene Geld wie eine Anleihe verhalten, und Sicken würde keinen andern Nachtheil zu fürchten gehabt haben, als dem jeder gewöhnliche Schuldner einer Konkursmasse unterliegt. Da nun aber bereits vor der öffentlichen Bekanntmachung

des Konkursproklams Sicken sein Debet in Bezug auf die Lübecker Waaren vor Gericht anerkannt hat: so ist nicht abzusehen, wie irgend ein Fehltritt sich auffinden und mit einer Strafe ahnden ließe.

§. 34.

Es folgt nunmehr die Erörterung wegen des Wechsels über 1314 Mk. 5 ßl., welchen Allenberg an Matzen ausgestellt und dieser an den Dr. Sicken behuf der Anmeldung indossirt hat.

Dr. Sicken und Allenberg bringen übereinstimmend diesen Wechsel mit dem beabsichtigten Akkorde in Verbindung. Der Wechsel hat bezweckt, durch die darin bestellte Hypothek den Kaufmann Matzen wegen seiner Forderung zu beruhigen, falls der Akkord zu Stande kommen und er dazu die ihm übermachten Gelder verwenden würde. Auch hat sich in dem Allenbergischen Hauptbuche Fol. 48. ein undelirtes Guthaben des Kaufmanns Matzen von 1314 Mk. 5 ßl. vorgefunden. Hierdurch wird die Versicherung des Dr. Sicken bestätigt, nach welcher ihm Allenberg ein Konto über jene Summe vorgelegt hat. Daß aber Dr. Sicken davon in Kenntniß gesetzt worden, daß am 29. März, also vor der zweiten Ausfertigung des Wechsels, Matzen nur einen Saldo von 27 Mk. 15 ßl. zu fordern gehabt, stellt er in Abrede und Allenberg bezweifelt ebenfalls ein solches Wissen aus dem Grunde, weil Sicken die Handelsbücher nicht in die Hände bekommen habe. Ueberhaupt könnte auch ein solches Wissen nicht erheblich werden, da der Betrag des Matzenschen Guthabens von der Erreichung oder Fehlschlagung des Akkordes abhängig war. In so fern wäre also die Verantwortung des Dr. Sicken einleuchtend.

Indessen hat sich die Untersuchung noch auf einige andre Umstände erstreckt. Dr. Sicken hat den Wechsel in seiner jetzigen Gestalt im April, den 17ten, aufgesetzt, obgleich das Datum des 21. März geschrieben steht. Dies er-

klärt er, seiner vorangeschickten Erzählung nach, dadurch, daß wirklich am 21. März der Wechsel geschrieben gewesen, aber wegen der Zinsen hinterher umgeschrieben sei. Von Seiten Allenberg's vermißt man einen Widerspruch wider diese Auskunft, welche zugleich durch einen Brief des Dr. Sicken an Matzen vom 1. Mai, welchen lezterer in Hamburg gerichtlich ausgeliefert, an Glaubwürdigkeit gewinnt; denn in diesem Briefe wird bemerklich gemacht, daß Anfangs März zur Sicherheit der Matzenschen Forderung ein Wechsel ausgestellt worden. Hat es aber hiermit seine Richtigkeit: so vermißt man allen Grund zu einem Vorwurfe darüber, daß das vorige Datum der wirklich bestellten Hypothek wiederholt worden, als eine Umschreibung wegen einer blos accessorischen Verbindlichkeit, der Zinsen nämlich, eintrat.

Wäre aber auch ein Mistrauen in die Richtigkeit jener Aufklärung denkbar: so würde doch die Vordatirung so lange eine gleichgültige Handlung bleiben, als nicht streng bewiesen würde, daß sie in der Absicht, einen frühern hypothekarischen Gläubiger zu gefährden, Statt gefunden habe, und daß auch wirklich eine Gefährde möglich gewesen sei. Allein so etwas anzunehmen, geben die Akten nicht die mindeste Veranlassung.

§. 35.

Da der Dr. Sicken den Wechsel erst am Ende Mai's zum Proklam angemeldet hat, mithin zu einer Zeit, wo er mutmaaßen konnte, daß der beabsichtigte Akkord sich zerschlagen würde: so entsteht die Frage, ob er nicht hierin gefehlt habe? Die Frage ist zu verneinen. Dr. Sicken hatte weiter nichts als den Wechsel in Händen. Da derselbe auf ihn indossirt war: so mußte er den Verfall bei der bevorstehenden, durch das Kreditproklam angedroheten Präklusion, verhüten, wenn er nicht Gefahr laufen wollte, dem Kaufmann Matzen verantwortlich zu werden; denn die Indossirung hatte in Procura Statt gefunden.

Will man indessen weiter gehen und dem Dr. Sicken daraus einen Vorwurf machen, daß er bei der Anmeldung des Wechsels anscheinlich gewußt habe, Allenberg sei dem Indossanten Matzen nicht so viel schuldig: so muß man dagegen in Erwägung ziehen, daß bei Wechseln auf den Grund der Verbindlichkeit oder Schuld gemeinrechtlich nicht zu sehen ist, daß vielmehr der Wechsel selbst die Schuld begründet [18]).

Wäre aber die aus dem Wechsel selbst entstehende Verbindlichkeit aufgehoben gewesen: so hätte der Wechsel vernichtet seyn müssen.

Und dürfte man diese, aus den Rechten entspringende Ansicht verlassen: so gereicht es doch auf jeden Fall dem Dr. Sicken zur Entschuldigung, daß er eine genauere Berechnung über das Credit und Debet, wie sie zwischen Allenberg und Matzen bestanden haben mag, gar nicht gekannt hat. Sogar nach dem Conto-Courant vom 29. März, wornach die zum Akkord geschickten Gelder von dem Kaufmann Matzen zur Deckung seiner eigenen Forderungen berechnet sind, blieb Allenberg doch noch immer mit einem Saldo, wenn auch mit einem geringfügigen, verhaftet. Und nach dieser Zeit waren noch mancherlei Geschäfte zwischen diesen Kaufleuten vorgefallen, so daß selbst gegenwärtig die Untersuchungsakten eine reine Liquidation nicht ergeben. Wenn demnach der Dr. Sicken in den Verdacht, daß er zu einem Versuche eines Unterschleifs mitzuwirken beabsichtigt habe, rechtsbegründeter Weise verfallen sollte: so müßte zuvor nachgewiesen seyn, daß er die genaueste Kenntniß von Allenberg's Handelsbüchern, so weit sie Matzen angehen, gehabt hätte, und daß nicht das geringste Guthaben für den Indossanten übrig geblieben wäre. Denn was den letztern Punkt betrifft: so ist es einleuchtend, daß der Wechsel mit

---

[18]) Runde, Deutsches Privatrecht §. 238.

der Hypothek noch immer von gewisser Wirkung blieb, wenn auch nur ein Theil der Schuld bestand.

§. 36.

Gleich wie dem Dr. Sicken jede gründliche Kenntniß der Allenbergschen Handelsbücher abging, da er diese niemals, Allenberg's eigener Behauptung gemäß, eingesehen oder sich darum bekümmert hat, eben so mangelte ihm auch alle Kunde von einer unrichtigen oder doppelten Führung jener Bücher. Die Forderungen werden meistens mit Vorbehalt der Gegenforderungen eingeklagt; selten giebt ein Kläger genau an, was der Gegner abzuziehen befugt ist. Dieses anzugeben, überläßt er der Gegenpartei eben so wohl, wie überhaupt die Aufstellung etwaniger Einreden. Indem also der Wechsel schlechthin angemeldet wurde, beging der Dr. Sicken nichts Ungewöhnliches, selbst wenn ihm der eigentliche Stand der Sache zureichend bekannt gemacht wäre. Anzugeben, was Allenberg'en zu Gute käme, dazu mußten die Handelsbücher und Noten den Stoff liefern; wie sie ihn auch in der That geliefert haben. Freilich wäre eine Betrügerei leicht möglich gewesen, hätte nicht das Gericht geheim gehaltene Papiere entdeckt. Allein eben das ist weder juridisch ausgemacht, noch irgend wahrscheinlich, vielmehr durch Allenberg's eigene Aussage widerlegt, daß Dr. Sicken um die unrichtige Führung der Handelsbücher Bescheid gewußt hat.

§. 37.

Obgleich die bisherige Ausführung auf eine völlige Rechtfertigung des Dr. Sicken wegen des fraglichen Wechsels gerichtet gewesen ist: so möge doch zum Ueberfluß der Fall einmal unter der Voraussetzung betrachtet werden, als wenn Dr. Sicken von der Absicht des Kaufmanns Allenberg, den Wechsel zu seinem eigenen Vortheil anmelden zu lassen, unterrichtet gewesen wäre. Es ist fast schmählich zwar, einen

solchen Fall vorauszusetzen, zumal ein Mitglied eines höchst achtbaren Standes im Staate in einen solchen Fall verwickelt wird; allein hier, wo es auf die Vertheidigung vor Gericht abgesehen ist, mag eine solche blos juristische Unterstellung eines Falles nicht unpassend erscheinen.

Gesetzt also, Dr. Sicken hätte um die betrügerische Absicht gewußt: so beruhete sein Wissen doch weder auf Matzen's noch auf Allenberg's zuverlässiger Mittheilung ihrer Pläne; sein Wissen hätte nur auf unvollkommnen Andeutungen und Anzeigen beruhen, und folglich nichts als ein schwankendes Mistrauen in Allenberg's ehrliche Gesinnung seyn können. Wie die Sache in der Folge sich gestalten würde, stand ihm wohl an zu erwarten, und war er der ehrliche Mann, wofür jeder gilt: so hätte seine Dazwischenkunft nur erwünscht seyn müssen, um sogleich entgegen zu wirken, dafern sich eine betrügerische Absicht offenbaren würde. Wohl niemanden ist es gegeben, in die Seele eines Menschen klar hinein zu blicken; darum ist es einem edlen Manne anständig, mit der größten Behutsamkeit über Andre zu urtheilen, so oft eine schlechte Gesinnung hervorgerufen werden soll. Dem Dr. Sicken wird man also auch nicht vorzuzeichnen vermögen, wie er sein Benehmen eingerichtet haben würde, wenn wirklich die verdeckten Pläne mit dem Wechsel sich offensichtlicher entfaltet hätten.

§. 38.

Mögte aber auch die Sache in Betreff des Wechsels sich zum Theil anders verhalten, als sie bisher nach Maaßgabe der Akten und nach Anleitung der faktischen Darstellung vorgeführt worden: so bleibt doch ein Ueberschreiten der Gränze des erlaubten Verhaltens und der Anfang des sträflichen Benehmens unerfindlich. Der Wechsel sollte profitirt werden; aber bei welcher Gelegenheit und gegen wen? Als der Wechsel ausgestellt wurde, lag der Konkurs noch fern; der Akkord wurde unterhandelt, eine gewisse Summe

war zu diesem Zweck verbürgt, Matzen, der vermögende und einsichtsvolle Kaufmann, trat als Unterhändler auf, mehrere Gläubiger hatten sich willig finden lassen, und die noch nicht geneigt waren, denen rief Matzen, wie seine Briefe beweisen, den guten Rath zu, den Akkord nicht auszuschlagen, um gutes Geld an schlechtes zu setzen. Das Proklam war lediglich auf Ansuchen der Kaufleute Allenberg und Kleelandt ausgebracht, und zwar aus dem Grunde, weil man die bisherige Gemeinschaft aufzulösen Willens war; daher sollte das Proklam dienen „zur Beschaffung der Liquidation „sowohl, als auch, um diese Trennung zur öffentlichen Kunde „zu bringen," wie es in der Bekanntmachung wörtlich heißt. In Veranlassung eines solchen Proklams ist der Wechsel zum Professionsprotokoll angegeben. Wäre nun späterhin kein Konkurs entstanden: so könnte niemand auf den Einfall gerathen, die Profession jenes Wechsels beim Kreditproklam zum Verbrechen stempeln zu wollen, da der Extrahent des Proklams mit der Anmeldung einverstanden gewesen ist. Aber auch unter den jetzigen Umständen bleibt jede Strafbarkeit von der Anmeldung ausgeschlossen, weil gar kein Schritt erfolgt ist, um in dem nachher entstandenen Konkurse die Einkassirung des Wechsels in's Werk zu richten. So lange die Anmeldung nur bei dem Kreditproklame verblieb, war kein Gläubiger verletzt in seinen Rechten, und eine solche Verletzung gehört wesentlich zum Begriff der Betrügerei; Allenberg'en allein hätte eine Rechtsverletzung widerfahren können, da gegen ihn profitirt wurde; aber Allenberg war mit der Anmeldung zufrieden. Die Profession zum Kreditproklam bezweckte freilich die vorläufige Aufrechthaltung der Wechselschuld; aber einzig und allein die Anmeldung und Verfolgung im Konkurse hätte möglicher Weise die übrigen Gläubiger gefährdet und den Versuch oder selbst die Vollendung eines Betruges derselben herbeigeführt. Da jedoch bei dem in Folge des Konkursproklams eröffneten Professionsprotokolle nichts profitirt, geschweige

justificirt und hinterher klassificirt worden: so mangelt es auch selbst an einem juridisch unerlaubten Versuche der Betrügerei, und es bleibt darum jede Strafe ausgeschlossen.

§. 39.

Zulezt mögte noch die Frage zu berühren seyn, ob Dr. Sicken seine Pflichten als Notarius vergessen hätte, indem er Allenberg's Unterschrift attestirte? Was er als Notar geschrieben, begreifen folgende Worte: „in fidem subscript. Dr. Sicken Königl. Dän. Notar."

Die Wahrheit der Unterschrift Allenberg's unter jenem Wechsel ist nicht bezweifelt; mehr aber, als diese Unterschrift, hat Dr. Sicken als Notar nicht beglaubigt. Worin läge nun ein Misbrauch seines Amtes? Vielleicht darin, daß der Wechsel, obgleich vom 21. März datirt, erst am 17. April in seiner jetzigen Gestalt ausgefertigt worden? Aber das Datum hat der Notar nicht beglaubigt; auch ist es, wie oben angegeben, völlig gleichbedeutend, ob der 21. März oder der 17. April geschrieben stand, und richtiger Weise konnte eigentlich nur der 21. März stehen bleiben. Oder wäre endlich der ganze Wechsel etwa von Anfang an zu betrügerischen Zwecken geschrieben? Das Gegentheil ist oben gezeigt, und auf jeden Fall müßte, um des Dr. Sicken's notarielle Mitwirkung tadelhaft zu finden, streng dargethan werden, daß derselbe zur Zeit der attestirten Unterschrift auf eine genügende Weise von einer betrügerischen Absicht unterrichtet gewesen sei. Nach dergleichen Beweisen sieht man sich vergebens um. Was im Uebrigen nach der Attestirung der Unterschrift vorgefallen ist, trift den Notar nicht im Mindesten, und verdiente unter diesem Gesichtspunkte keine Beachtung, wäre auch nicht schon anderwärts darüber hinreichend gesprochen.

§. 40.

Endlich bleibt noch der Wechsel über die bei Johnchen gemachte Anleihe von 100 Rthlr. einer

Erwägung unterworfen. Hierbei findet sich ein doppelter Grund, jeden Gedanken an die Begünstigung eines betrügerischen Bankerotts auszuschliessen, weil einmal die Profitirung nur auf Veranlassung des Kreditproklams geschehen war, und weil zweitens von einem Einverständniß mit dem Gemeinschuldner Allenberg ganz und gar keine Rede ist. Uebrig bliebe also nur die Frage, ob eine unbestimmte Art von Betrügerei, ein Stellionat, versucht oder begangen wäre? Auch diese Frage ist mit Nein zu beantworten. Indem Dr. Sicken aus einem Schuldscheine 100 Rthlr. anmeldete, über welche er bereits eine Quittung dem Schuldner zugestellt hatte, machte er sich keiner Art von Täuschung schuldig, und diese ist gleichwohl eins der wesentlichsten Merkmale des Betruges. Der Schuldschein lag vor, die Quittung war in den Händen des ehemaligen Schuldners. Unmöglich ist es, irgend eine Art von Täuschung aufzufinden; denn falsche Umstände wurden nicht vorgespiegelt, und wahre nicht auf eine widerrechtliche Weise vorenthalten, da ja der Schuldner im Besitze der Quittung sich befand. Was mithin die rechtliche Ansicht betrifft, so ergiebt sie sich von selbst.

Aus Rücksicht auf den Stand, dem der Dr. Sicken anzugehören die Ehre hat, mögen noch einige Worte hinzugefügt werden. Natürlich ist es dem Dr. Sicken ein dringendes Bedürfniß, auch den Argwohn irgend einer Art von Unrechtfertigkeit von sich abzuweisen. Zu diesem Ende beruft er sich darauf, daß er die Bezahlung vergessen, jedoch, sobald er sich derselben erinnert, auf die Delirung des angemeldeten Postens angetragen habe. Ueber die Stärke des Gedächtnisses einer gewissen Person, bezogen auf gewisse Thatsachen, wird schwerlich auf eine zutreffende Weise können geurtheilt werden. Aber glaublich ist es allerdings, daß der Dr. Sicken sich der geschehenen Tilgung nicht mehr erinnert habe. Oefters hatte er Allenberg'en dargeliehen, öfters war Wiederbezahlung erfolgt, und meistens hatten die

Anleihen eine etwa gleiche Summe ausgemacht. Ueberdies war der fragliche Schuldschein zurückgeblieben; er erinnerte an die Anleihe, entfernte aber den Gedanken an die Tilgung. Soll auch darauf hingewiesen werden, daß die ganze Lage Allenberg's, dessen sich Dr. Sicken nebst seinen Aeltern so thätig angenommen hatte, ihn auf mannichfache Weise zu zerstreuen geeignet war? Wohl ist das glaublich. Und wer würde nicht darauf mit Rücksicht nehmen, daß den Dr. Sicken der Umgang mit seiner Braut und die mit ihr bevorstehende Verbindung von den alltäglichen Geschäften abgezogen und den Geschäftsmann durch den Liebhaber verdrängt hätte? Arglistiges vorauszusetzen, dazu ist um so weniger Raum, weil, wenn die Wiederbezahlung in Andenken geblieben wäre, nothwendig auch die Ausstellung der Quittung unter dem kassirten Johnchenschen Wechsel, und somit Allenberg's Vorsicht, neben dem Wechsel sich noch eine Quittung aufzubewahren, nicht hätte vergessen bleiben können.

§. 41.

Daß überall kein Vergehen dem Dr. Sicken anzurechnen sei, wird sich nunmehr hoffentlich zur Genüge ergeben haben. Selbst den Kaufmann Allenberg wird nach Bewandniß der Sache keine erhebliche Strafe wegen des versuchten, aber nicht vollführten, betrügerischen Bankerotts treffen. Wäre in der That der Dr. Sicken alles dessen geständig oder überwiesen, was zur Sprache gebracht ist: so würde er doch immer nur der Begünstigung eines Versuchs des betrüglichen Bankerotts sich schuldig gemacht und allenfalls eine geringe Geldstrafe, fast überall das erlaubte Surrogat des Gefängnisses, verdient haben. Allein da derselbe durchaus straflos erscheint: so wäre es ein überflüssiges Bemühen zu zeigen, wie selbst bei der ungünstigsten richterlichen Meinung die bisherige Suspension von der Praxis alle fernere Bestrafung ausschliessen müßte.

Eine völlige Freisprechung wird der Dr. Sicken eben so wohl von der vorurtheilsfreien, wenn auch strengen Gerechtigkeit, als von der Milde und Humanität seiner Richter erwarten dürfen.

64.

Ermordung eines Kindes durch Nadeln, ausgeführt in einem öffentlichen Gebärhause. Ob Kindermord oder Verwandtenmord? Ob vollendetes oder versuchtes Verbrechen?

---

§. 1.

In den Jahren 1827 und 1828 wurde bei dem akademischen Konsistorium in Kiel eine Untersuchung wegen eines Kindermordes geführt, welcher von den gewöhnlichen Fällen dieser Art sehr abweicht. Das Werkzeug des Mordes war eine Knopfnadel, welche das Kind hatte verschlucken müssen; die Handlung war in einer öffentlichen Gebär- und Hebammen-Anstalt vorgenommen. Auch wurde es sehr bestritten, ob ein infanticidium oder ein parricidium in Frage stehe, und ob, in Betreff der nächsten Ursache des Todes, der Meinung einer medicinischen Fakultät der Vorzug vor dem abweichenden Gutachten derjenigen Aerzte, welche die Leichenschau und die Zergliederung vorgenommen, zu ertheilen sei.

Die Inquisitinn, Maren Anders Tochter, war 19 Jahr alt. Geboren am 15. December 1807 im Dorfe Bornäs auf der kleinen Dänischen Insel Thorsinge (nahe an Fühnen), hatte sie ihren rechten Vater bald verloren; doch lebte ihre Mutter und ihr Stiefvater, ein Schneider, beide ordent-

liche und rechtschaffene, obwohl dürftige Landleute. Nach fleissigem Besuche der Schule mit einem sehr rühmlichen Zeugnisse versehen, war sie Ostern 1822 konfirmirt worden. Nur hatte sie dem Prediger gegen diejenigen Wahrheiten der christlichen Religion, welche sonst das Herz zu rühren pflegen, kalt und gleichgültig geschienen. Nach der Konfirmation hatte die Inquisitinn einige Jahre theils in Fühnen theils auf Thorsinge gedient. Daß sie sich mehrerer kleinen Diebstähle während der Dienstzeit schuldig gemacht, war zweifellos; jedoch keiner war zur richterlichen Untersuchung gelangt. Kaum 17 Jahr alt, verspricht sich Maren Anders mit einem Dienstknecht M. H. und unterhält mit ihm etwa ein Jahr hindurch fleischlichen Umgang, bis der Bräutigam im Nov. 1825 aus Verdacht, daß sie sich mit andern Mannspersonen hält, seine Verbindung mit ihr aufgiebt. Diese Untreue läugnet zwar die Inquisitinn, dagegen gesteht sie, seit Weihnachten 1825 bis in den Mai 1826, wo sie nach Holstein ging, mit einem andern Knechte, E. R., der mit ihr in demselben Hause gedient, vertrauten Umgang gehabt, und damals schon sich für schwanger gehalten zu haben. Diesen Umgang jedoch hat der Beschuldigte wiederholt in Abrede gestellt. In der lezten Hälfte des Maimonats 1826 begiebt sich Maren Anders nach Holstein, indem sie auf dem Gute Emkendorf als Meierei-Magd (die zur Besorgung des Milchwesens in der Holländerei gebraucht wird) am 26. Mai in Dienst tritt. Hier setzt sie bald ihr unzüchtiges Leben fort; denn gleich in den ersten Tagen des Juni läßt sie sich in eine fleischliche Verbindung ein und unterhält unerlaubten Umgang während eines großen Theils des Sommers. Von Emkendorf aus will die Inquisitinn an die Mutter ihres vormaligen Bräutigams M. H. geschrieben und derselben angezeigt haben, daß sie von ihrem Sohne schwanger sei; aber die Mutter läugnet, einen solchen Brief empfangen zu haben. Theils wegen Untüchtigkeit zur Arbeit, theils wegen der vermutlichen Schwangerschaft, des Dienstes in Emken-

dorf zu Martini 1826 entlassen, begiebt sich Maren Anders nach Kiel und wird daselbst am 4. December in die akademische Hebammen- und Gebär-Anstalt aufgenommen.

§. 2.

Am 22. December 1826 wird Maren Anders von einem Knaben entbunden, welcher 5 *lb.* schwer und 21 Zoll lang war und welchen der Vorsteher der Anstalt als ein Kind bezeichnet, welches schwach und aller Wahrscheinlichkeit nach 4 bis 5 Wochen zu früh gekommen sei. Die Oberhebamme und zwei bei der Geburt behülflich gewesenen Hebamme erklärten ebenfalls, das Kind sei schwach zur Welt gekommen. Daß ferner das Kind immer schwächer geworden, versicherte der Vorsteher; wogegen die Oberhebamme behauptete, das eigentliche Hinschwinden habe nicht gleich begonnen. Getauft wurde das Kind am 27. Dec., auf den Namen dessen, mit welchem die Mutter in Emkendorf sich eingelassen hatte. Vier Tage darauf, am 31. December, Vormittags, werden von der Hebamme, welche das Kind zu waschen hatte, Nadeln im Munde des Kindes bemerkt. Der herbeigerufene Vorsteher findet nicht allein eine Knopf- oder Steck-Nadel zwischen der innern Fläche der rechten Wange und dem Zahnfleische, sondern auch eine Nähnadel, mitten im Gaumen steckend, deren Wegnahme nicht ohne Schwierigkeit gelang. Bei dieser Operation äußerte das Kind keinen Schmerz, sog jedoch in der Folge noch wiederholt bis zwei Tage vor seinem, am 6. Jan. 1827 Morgens 6 Uhr erfolgten Tode. Weil nun die Wöchnerinn späterhin der Oberhebamme gestanden, daß sie selbst die Nadeln vorsätzlich in den Mund des Kindes gebracht habe, um den Tod zu beschleunigen, da sie gehört, es werde nicht am Leben bleiben: so wurde von dem Vorfalle am 8. Jan. gerichtlich Anzeige gemacht und folgenden Tages die Leichenschau und Secirung vorgenommen.

§. 3.

Die Leiche maaß $19\frac{1}{2}$ Zoll in der Länge und hatte ein Gewicht von reichlich 5 ℔. Die Nabelschnur war bereits abgefallen und der Nabel verheilt; der Unterleib und die untere Hälfte des Thorax waren grün gefärbt, auf dem Rücken die gewöhnlichen Todtenflecke, der obere Theil des Körpers gelblich und die untern Extremitäten bläulich roth. Die Haut war an dem obern Theile des Rumpfes, im Gesicht, und auf den obern Extremitäten, mit feinem seidenartigen Haar (lanugo) bedeckt, die Kopfhaare waren zart, kurz und dicht, die Nägel der Finger und Zehen weich, die Ohrenknorpel weich und zart, Augenbrauen und Wimper noch wenig entwickelt. Im Scrotum, von bläulich rothem Ansehen, waren beide Hoden befindlich. Das Kind hatte überhaupt das Ansehen eines 4 bis 5 Wochen zu früh gebornen.

Nachdem die Rachenhöhle bloß gelegt war, fand man an der hintern Wand des Pharynx hinter der uvula eine kleine Oeffnung von der Größe einer Nadelspitze, in deren Umgebung die Haut des Pharynx etwas abnorm geröthet war. Es ließ sich diese kleine Wunde etwa $\frac{1}{4}$ Zoll lang zwischen der Wendung des Pharynx und der vordern Fläche der Körper der Halswirbel im Zellgewebe verfolgen.

Die darauf geöffnete Brusthöhle zeigte, daß die Lungen den Herzbeutel zum Theil bedeckten. Sie waren dunkelbraunroth von Farbe, der rechte Lappen der rechten Lunge bläulich schwarz; durchschnitten zeigten sie sich stark mit Blut angefüllt, zischend, und es ließen sich viele Luftbläschen aus ihnen drücken; nach unterbundenen Gefäßen mit dem Herzen in ein Gefäß mit kaltem Wasser gelegt, schwammen sie oben auf. Das Herz enthielt in seiner rechten Hälfte, besonders im Vorhofe, viel schwarzes geronnenes Blut.

Nach Eröffnung der Unterleibshöhle, in welcher die Fäulniß schon etwas begonnen hatte, zeigten sich Leber und Milz auf ihrer Oberfläche von normaler Beschaffenheit,

und die Gedärme hatten die normale Lage. Diese wurden, nachdem der Schlund oberhalb der cardia und der Mastdarm unterbunden war, in Verbindung mit der Leber, Milz, und Bauchspeicheldrüse, zur nähern Untersuchung aus der Bauchhöhle herausgenommen. Bei dieser Herausnahme zeigten sich denn gleich auf dem colon transversum, descendens, und den nahe gelegenen engen Gedärmen, Spuren Statt gehabter Entzündung, und, als die Leber zurückgelegt wurde, eine Nadel, welche die Leber auf ihrer untern Fläche in der Nähe der Gallenblase durchbohrte und deren Kopf sich in dem angränzenden Theile der Gedärme fühlen ließ. Dabei fand man die Gedärme mit der Leber, mit dem Pancreas, und unter einander, durch adhäsive Entzündung dicht verwachsen. Nachdem darauf der ganze tractus intestinorum mit vieler Mühe entwickelt und Magen und Duodenum geöffnet waren, fand sich, daß der Kopf der Nadel in dem Duodenum dicht unter dem Pylorus sich befand, die Nadel aber die Wand des duodeni in der Nähe des Ausführungsganges der Gallenblase durchbohrte, unter und hinter dieser in die Leber drang und einen Zoll lang in schräger Richtung von vorn nach hinten in derselben steckte. Die Nadel war eine gewöhnliche $1\frac{1}{2}$ Zoll und 2 Linien lange Knopfnadel (von der stärkern oder gröbern Sorte). Bei einer Vergleichung zeigte sich dieselbe von völlig gleicher Größe und Dicke, als diejenige, welche in dem Gebärhause aus dem Munde des Kindes herausgenommen war. Die Leber selbst zeigte sich in ihrer Substanz weich und trug Spuren von Entzündung in sich. Die Nieren und die Urinblase waren gesund und enthielten etwas Urin.

Es wurde nun zur Untersuchung der Kopfhöhle geschritten. Nachdem die äußern Integumente des Schädels von den Knochen getrennt waren, zeigten sich über der kleinen Fontenelle und längst der Näthe die Kopfknochen an ihren Rändern bläulich von durchscheinendem Blute. Nach Wegnahme der Kopfknochen fand man die Blutleiter von

schwarzem flüssigen Blute strotzend und alle Blutgefäße auf der Oberfläche des Gehirnes ebenfalls, leztere von schwarzem geronnenen Blute. Die Marksubstanz des Gehirnes zeigte sich beim Durchschneiden sehr blutreich, roth; die plexus chorioidei waren im normalen Zustande, nicht mit Blut überfüllt, so wie sich auch kein Wasser in den Ventrikeln fand. Alle Blutleiter auf der Oberfläche des tentorii cerebelli und der Basis des Schädels enthielten viel geronnenes Blut, und auf dem Grunde des kleinen Gehirnes waren in der Umgebung der Blutgefäße auch Extravasate im Zellgewebe. Das kleine Gehirn selbst war sehr blutreich.

Zulezt wurde noch die anfangs erwähnte Stelle im Pharynx in der vordern Wand der Halswirbel, welche die Spuren eines Nadelstiches trug, näher untersucht. Es zeigte sich, daß diese Stichwunde nur bis auf den Knorpel des Körpers von dem 2ten und 3ten Halswirbel ging. Das Rückenmark, dessen Höhle geöffnet wurde, zeigte sich unverletzt.

§. 4.

Nach Anleitung der Sektion mußte die Untersuchung hauptsächlich einen doppelten Zweck verfolgen; theils nämlich auszumitteln, unter welchen Umständen die in den Eingeweiden vorgefundene Stecknadel dem Kinde beigebracht worden, theils aber, ob nicht etwa eine Erstickung Statt gehabt hatte.

In Betreff der Nadeln gestand die Inquisitinn, dem Kinde eine Knopfnadel und eine Nähnadel gleichzeitig beigebracht zu haben, und zwar an dem Morgen des Tages, da man diese Nadeln in dem Munde des Kindes entdeckt habe, also am 31. Dec. 1826. Als Grund gab sie an: das Kind sei so schwach gewesen; es habe nicht recht saugen können, und sie habe nicht gewußt, wo sie mit dem Kinde hätte bleiben sollen, da sie für sich selbst keine Stätte gehabt hätte. Ihre Absicht, als sie dem Kinde die Nadeln gegeben, sei allerdings gewesen, daß dasselbe sterben möge.

Nach dringender Ermahnung zur Wahrheit gestand die Inquisitinn aber auch, daß sie schon Abends zuvor eine Knopfnadel dem Kinde beigebracht habe, ehe von ihr am Morgen darauf jene beiden Nadeln dem Kinde in den Mund gesteckt worden. Dieses Geständniß ist mehrmals wiederholt. Ob aber das Kind die erste Nadel niedergeschluckt habe, versicherte die Inquisitinn nicht angeben zu können, räumte jedoch ein, daß die in der Leber gefundene Nadel wohl die dem Kinde gegebene seyn könnte. Auf den Gedanken, ihr Kind durch Eingebung von Nadeln zu tödten, bekannte sie selber gekommen zu seyn, ohne jemandes Zuthun, und zwar habe sie den Entschluß, das Kind zu tödten, ein Paar Tage vor der Ausführung gefaßt. Daß das Kind durch die Nadeln das Leben verlieren werde, habe sie sich allerdings gedacht. Die Nadeln als Tödtungsmittel habe sie deshalb gewählt, weil sie geglaubt, so am sichersten vor der Entdeckung zu seyn, da sonst bei Erstickung oder anderer plötzlicher Todesart mehr zu befürchten gewesen wäre.

Was aber eine etwa Statt gefundene Erstickung betrifft: so ergab die Untersuchung nur so viel, daß man in der Gebäranstalt, nachdem in dem Munde des Kindes die Nadeln entdeckt worden, eine schärfere Aufsicht geführt und der Inquisitinn anfangs das Kind weggenommen, jedoch dasselbe am Vorabend des Morgens, an welchem es gestorben, zu ihr in das Bett gelegt hatte, wie dieses auch sonst geschehen war. In Ermangelung äußerer Spuren einer gewaltsam gehemmten Respiration wäre es daher nur denkbar geblieben, daß im Bette der Mutter, durch Auflegen der Hand oder eines Kissens u. d. gl. auf den Mund des Kindes, der Tod bewirkt worden; allein eines Theils hatte die Inquisitinn, wie kurz vorher bemerkt, von einer Erstickung mehr gefürchtet, und deshalb das Mittel der Nadeln ergriffen; andern Theils versicherte sie ausdrücklich, daß, obwohl nach Eingebung der Nadeln das Kind noch mehrere

Tage gelebt, sie doch kein anderes Mittel weiter angewandt habe, um ihrem Kinde das Leben zu nehmen.

§. 5.

Ueber den Befund wurde ein zweifaches Elogium eingezogen, das der Aerzte, welche die Besichtigung und Eröffnung des Leichnams vorgenommen, des Hrn Professors Lüders und des Hrn Drd. Zeitner, und dann das der hiesigen medicinischen Fakultät.

Die Obducenten sprachen sich aus über die Reife des Kindes, seine Lebensfähigkeit und die Todesursachen. Ueber die Reife bemerkten sie Folgendes: „Das die Haut bedeckende Seidenhaar, die zarten, kurzen, dichten Kopfhaare, die Weichheit der Nägel und der Ohrenknorpel, die geringe Entwickelung der Augenbrauen und Wimper, sprechen dafür, daß das Kind zu früh geboren sei; dagegen die Schwere von reichlich 5 ℔ Marktgewicht und eine Länge von 19½ Zoll sich auch nicht selten bei reifen Kindern finden, die Fontenellen keine Abweichung von der einem reifen Kinde normalen Größe zeigten und die Hoden beide im Scrotum befindlich waren. Da so die Zeichen, welche für die Reife des Kindes sprechen, eben so bedeutend sind, als die, welche auf zu frühe Geburt deuten, und sich überhaupt bei einem todten Kinde nie mit entscheidender Sicherheit bestimmen läßt, ob dasselbe zur normalen Zeit, oder um 4 bis 5 Wochen zu früh geboren: so wagen wir auch nicht, mit Bestimmtheit aus dem Befunde über diesen Punkt zu entscheiden. Wir müssen aber jedenfalls erklären, daß, wenn auch das Kind zur normalen Zeit geboren, dasselbe doch schwach und in seiner Entwickelung zurückgeblieben gewesen ist, und daß es das Ansehen eines um 4 bis 5 Wochen zu früh geborenen hatte."

Ueber die Lebensfähigkeit bemerkten die Aerzte, daß 4 bis 5 Wochen zu früh geborne Kinder könnten am Leben erhalten werden, allein daß sie zu ihrer Erhaltung einer un-

unterbrochenen sorgfältigen Pflege und überhaupt günstiger Außenverhältnisse bedürften. Dieselben Bedingungen hielten die Aerzte für nöthig, um ein zwar reifes, aber in der Entwickelung so zurück gebliebenes Kind, daß es einem 4 bis 5 Wochen zu früh gebornen im Ansehen gleiche, am Leben zu erhalten.

Die Todesursachen anlangend: so meinten die Obducenten, daß die im Rachen angetroffene, offenbar von einer Nadel herrührende Stichwunde, nicht als tödtlich, nicht einmal als lebensgefährlich, könnte angesehen werden. Sie zogen dagegen sowohl die Entzündung der Leber, als die Beschaffenheit der in der Kopf- und Brusthöhle enthaltenen Theile, in nähere Erwägung, wie folgt:

„Die das Duodenum durchbohrende, in der Leber steckende, $1\frac{1}{2}$ Zoll 2 Linien lange Knopfnadel von gewöhnlichem Nadelgut, kann in das Duodenum nur gelangt seyn, nachdem sie durch Mund oder Nase in den Schlund und Magen gekommen und von da durch die peristeltische Bewegung in's Duodenum getrieben, und hier ist sie wahrscheinlich durch zufälligen äußern Druck beim Handhaben des Kindes mit der Spitze durch die Wandung des duodeni in die weiche Substanz der angränzenden Leber gedrückt. Diese Nadel hatte in den durch sie unmittelbar verletzten Organen, und den an diese gränzenden, Entzündung veranlaßt, und zwar zeigten sich die Spuren dieser Entzündung auf dem colon transversum, descendens, und den nahe gelegenen engen Gedärmen, welche unter einander und mit der Leber und dem Pancreas durch die von der Entzündung veranlaßte Ausschwitzung dicht verwachsen waren, und in der Leber, welche durch sie in ihrer Substanz erweicht war. Daß diese Entzündung unmittelbar durch die Nadel veranlaßt sei, geht theils daraus hervor, daß keine andere Ursache für dieselbe sich vorfand, theils läßt es sich nicht als möglich denken, daß eine so große Nadel das Duodenum und die Leber eines neugebornen Kindes durchboren könne, ohne

eine bedeutende Reaktion zu veranlassen, welche sich zunächst durch Entzündung und Ausschwitzung plastischer Lympfe äußern wird."

„Ob die Statt gehabte Gelbsucht, welche aus der gelben Färbung der Haut am Oberkörper hervorgeht, eine Folge gewesen sei der Leberentzündung, welche meistens, wenn sie die konkave Seite der Leber inne hat, mit Gelbsucht verbunden ist, oder ob dieselbe, als eine nicht ganz seltene Krankheit neugeborner Kinder, schon vor der Verschluckung der Nadel und der Leberentzündung Statt hatte, das läßt sich aus dem Befunde der Obduktion nicht beurtheilen, da bei selbiger keine abnorme Anhäufung von Galle in der Blase, oder abnorme Contenta in den Gedärmen, entdeckt wurden, und da wir nicht wissen, ob die Akten darthun, daß das Kind schon vor Verschluckung der Nadel gelb gewesen sei. Uebrigens ist die Gelbsucht jedenfalls nur ein Krankheitssymptom und würde nur durch die Abnormität, die ihr zum Grunde liegt, lebensgefährlich oder gar tödtlich werden können; die Beurtheilung ihrer Gefährlichkeit kann sich nur nach diesem ihr zum Grunde liegenden Zustande richten. Hier hat die Obduktion keine andere Abnormität nachgewiesen, welche Ursache der Gelbsucht hätte seyn können, als eine Entzündung der Leber, und da wir die Gefahr der Gelbsucht nur nach dem viso et reperto beurtheilen dürfen: so richtet sich dieselbe also blos nach der Gefahr der Leberentzündung."

„Es kommt nun darauf an, diese Entzündung der Leber und der Gedärme zu würdigen, wiefern dieselbe als Todesursache des Kindes anzusehen."

„Die in der Leber und dem Duodenum steckende Nadel hätte dadurch tödtlich werden können, daß die durch sie erregte Entzündung entweder Brand oder Eiterung und dadurch Zerstörung der verletzten Organe zur Folge gehabt hätte. Von beiden waren aber in dem Kinde keine Spuren vorhanden. Die Entzündung hätte tödtlich werden können

dadurch, daß sie und das sie ohne Zweifel begleitende Fieber die Lebenskraft erschöpft hätten. Allein auf der einen Seite würde diese Todesart durch die Entzündung keine sichtlichen Spuren hinterlassen haben und sich also durch die Obduktion nicht nachweisen lassen, auf der andern Seite aber ist es nicht möglich, daß diese Entzündung das Kind durch eine solche Erschöpfung der Lebenskräfte könne getödtet haben, weil eine andere weit bedeutendere Abnormität, nämlich eine Blutanhäufung im Gehirne, sich bei der Obduktion vorfand, welche nicht entstehen konnte, wenn die unmittelbar durch die Nadel veranlaßte Entzündung in den Unterleibsorganen das Kind getödtet hätte, indem ein größerer Reiz immer den geringern absorbirt."

„Es ist also unsere Meinung, daß die im Duodenum und der Leber des obducirten Kindes steckende Knopfnadel, und die durch sie veranlaßte Entzündung der Leber und der Gedärme, nicht die nächste und unmittelbare Todesursache desselben gewesen seyn kann. Wir halten übrigens die bei diesem Kinde durch diese Nadel verursachte Verletzung für eine im höchsten Grade lebensgefährliche, können sie aber nicht den absolut tödtlichen beizählen, weil wir die Möglichkeit, daß fremde Körper auch aus einem für die thierische Oekonomie sehr wichtigen Organe durch Eiterung ausgestoßen werden können, nicht zu läugnen im Stande sind, und die Wirksamkeit der organischen Naturkräfte sich überhaupt nicht berechnen läßt."

„Es bleibt also bei Erwägung der vorgefundenen Abnormitäten, rücksichtlich der Todesursache des Kindes, noch die Beschaffenheit der in der Kopf- und Brusthöhle enthaltenen Theile zu würdigen übrig. Und hier zeigt denn die Anfüllung der Blutleiter des Gehirns mit schwarzem flüssigen Blute und aller Blutgefäße auf der Oberfläche des Gehirns mit schwarzem geronnenen Blute, der Blutreichthum und die rothe Farbe der ganzen Marksubstanz, der Blutreichthum des kleinen Gehirns und der

Blutleiter auf dem tentorio cerebelli und der Basis des Schädels, endlich die Extravasate in der Umgebung der Gefäße, daß ein Zustand der bedeutendsten Kongestion in den Hirngefäßen, wie er sich bei der Apoplexie findet, da gewesen war. Wir glauben nun, daß dieser Zustand des Gehirns als die nächste und unmittelbare Todesursache des obducirten Kindes müsse angesehen werden, weil diese Abnormität rücksichtlich ihrer Gefahr bei weiten die bedeutendste von den bei der Obduktion bemerkten war, und weil eine solche nicht zugegen seyn kann, ohne die Funktion des Gehirns und damit das Leben aufzuheben."

„Wenn wir jedoch noch zu beantworten haben, wodurch dieser Zustand von Blutanhäufung im Gehirne veranlaßt sei und in welcher Beziehung derselbe zu der in der Leber steckenden Nadel, als dem bei der Obduktion entdeckten corpore delicti stehe: so sind wir nicht im Stande, diese Fragen mit Sicherheit zu entscheiden."

„Gegen die Annahme, daß diese Blutanhäufung konsensuell durch die Entzündung der Leber sich gebildet, (wie in seltenen Fällen nach Verletzungen der Leber Gehirnentzündung eintritt) spricht, daß die Entzündung der Leber und der Gedärme allzu geringe war, um das Gehirn bedeutend sympathisch zu afficiren, und daß keine Hirnentzündung, sondern ein apoplektischer Zustand, eine Anhäufung von schwarzem Blute, vorhanden war, die durchaus nicht blos als konsensuelle Erscheinung der Leberentzündung kann angesehen werden."

„Es war diese Blutanhäufung nicht entstanden durch äußere Verletzung des Schädels, weil keine Spuren von äußerer Verletzung des Kopfs, keine Sugillation in der Umgebung des Schädels, keine rothe Färbung der Kopfknochen, sich vorfand."

„Es kann dieser Zustand eben so wenig angesehen werden als eine, etwa durch eine abhängige Lage des Kopfes

nach dem Tode erfolgte Ansammlung des Bluts in den Hirngefäßen; und wenn wir auch die Möglichkeit zugeben wollten, daß flüssiges Blut nach dem Gesetze der Schwere sich in den weiteren Blutleitern ansammeln kann: so kann doch auf solche Weise das ganze Gehirn nicht mit Blute angefüllt werden, es können sich alle Gefäße auf der Oberfläche des Hirnes dadurch nicht mit dickem geronnenen Blute füllen, es können dadurch keine Extravasate im Zellgewebe um die Gefäße entstehen, und endlich wäre dabei keine gleichzeitige Anhäufung von venösem Blute im Herzen und in den Lungen möglich."

„Eher ließe sich vielmehr die Blutanhäufung im Gehirne in Verbindung bringen mit dieser Anfüllung von schwarzem geronnenen Blute im rechten Herzen, mit der dunkelbraunrothen Farbe der Lunge und ihrer starken Anfüllung mit Blut, da in den Fällen, wo die Respiration behindert ist, die zuerst entstehende Blutanhäufung in den Lungen und im rechten Herzen oft auch einen apoplektischen Zustand zur Folge hat. Ob dieser im vorliegenden Falle so entstanden sei, können wir nicht entscheiden, da aus der Obduktion sich kein anderweitiges Moment ergeben hat, welches auf eine gewaltsame Hemmung des Respirationsprocesses hindeutete."

„Die Entzündung des rechten Lappens der rechten Lunge, welche die bläulich schwarze Farbe dieses Theiles verrieth, glauben wir ohne Zwang als eine konsensuelle Erscheinung der Leberentzündung, wie sie nicht selten bei dieser Krankheit vorkommt, erklären zu können."

§. 6.

Abweichend in der Hauptsache lautete das Gutachten der medicinischen Fakultät. Denn die Frühzeitigkeit der Geburt betreffend: so wurde auf die dafür angeführten Umstände von der Fakultät um so weniger Werth gelegt, da, wie dieselbe sagte, kein genauer Maaßstab für die Beschaffenheit des Haarwuchses, der Knorpel der Nase und der

Ohren, so wie für die Härte oder Weichheit der Nägel an Händen und Füßen, vorhanden ist, um daraus mit Sicherheit auf das Ausgetragenseyn oder auf das Gegentheil schliessen zu können. Dagegen machte die Fakultät es besonders geltend, daß beide Hoden im Hodensacke befindlich gewesen waren. Sie nahm es als unbezweifelte Thatsache an, daß die Hoden erst nach dem siebenten Mondsmonat vor die Bauchspalte treten und nach der Geburt gewöhnlich kurz außerhalb der Bauchspalte neben dem Schaamberge liegen; dagegen bei unreifen Kindern die Hoden nicht im Hodensacke sich befinden.

Die Verletzung des Pharynx und dessen Entzündung konnte die Fakultät freilich nicht als direkt tödlich ansehen; sie hielt dieselbe aber für lebensgefährlich, weil die verletzten Theile durchaus nothwendig zum Saugen und Verschlucken der Nahrungsmittel wären, und überdies ein zartes Kind nicht lange sein gehöriges Quantum von Lebensmitteln entbehren, und eben so wenig beim Verschlucken derselben die dadurch verursachten Schmerzen ertragen könnte. Um so mehr wurde Lebensgefährlichkeit angenommen, da es leicht möglich gewesen, daß der Bau dieser empfindlichen Theile einen höhern Grad von Entzündung, ja selbst Zusammenschnürung der Speiseröhre, veranlaßt hätte.

Die unmittelbare wirksame Ursache des Todes fand die Fakultät in der Verletzung des Zwölffingerdarms und der Leber durch die bis zu der bedeutenden Tiefe von einem Zoll in die Leber eingedrungene Knopfnadel. Von dieser Verletzung, meinte die Fakultät, hätten auch die übrigen Abnormitäten abgehangen, die an der Leiche gefunden worden und die zur Herbeiführung des Todes mitgewirkt hätten. Eine so ausgebreitete Entzündung, wie die Obduktion ergeben, wäre in dem zarten kindlichen Alter, auch ohne daß sie eben in Brand oder Eiterung überzugehen brauche, eine hinlängliche Ursache des Todes, vermöge der fortwährenden Reizung und endlichen Ueberreizung des

Nervensystems. Hierzu komme aber noch die dem Leben höchst nachtheilige konsensuelle Wirkung, welche die Entzündung der Leber auf die edlern Organe des Lebens ausübe. Als eine solche konsensuelle Wirkung müsse sowohl die Entzündung der rechten Lunge, als auch die große Blutanhäufung im Gehirne betrachtet werden. Leztere sei ohne Zweifel allmälig herbeigeführt durch die Beschränkung des Athemholens theils durch die Lungen-Entzündung, theils durch die Schmerzen, welche die Respirationsbeengung wegen der Entzündung der an dem Queermuskel angränzenden Organe habe hervorbringen müssen. Eine sonstige außerordentliche Ursache für diese abnorme Erscheinungen habe man nicht nöthig aufzusuchen.

„Somit," hieß es am Schlusse, „knüpfen sich alle diese Momente, welche vereinigt den Tod herbeiführen mußten, zulezt an jene verderbliche Knopfnadel, die, wenn auch einzelne Fälle vorgekommen sind, in welchen die Natur dergleichen fremde Körper glücklich fortgeschafft hatte, doch in dem gegenwärtigen Falle nicht ausgestoßen, vielmehr vielleicht durch die unvermeidliche nothwendige Haltung und Wartung eines so zarten Kindes tiefer eingedrückt wurde, wodurch sie dann bei der großen Wichtigkeit der verletzten Organe und ihrem ausgebreiteten Consensus durch Herbeiführung der oben entwickelten krankhaften Zustände den Tod zur endlichen Folge gehabt hat."

§. 7.

So weit über den Thatbestand und die darüber ertheilten medicinischen Gutachten. Bei der richterlichen Entscheidung entstand nothwendig die Frage, ob in Betreff der Todesursache dem Elogium der Obducenten zu folgen, oder dem Gutachten der Fakultät der Vorzug zu geben sei? Beide stimmen zwar in sofern überein, daß sie als nächste Ursache des Todes die Blutanhäufung im Gehirn angeben; ob aber diese eine unmittelbare Folge von der in dem Zwölffinger-

darm und der Leber vorgefundenen Nadel gewesen sei, glauben die Obducenten nicht mit Sicherheit entscheiden zu können, während die Fakultät es behauptet. Hatte die Fakultät richtig geurtheilt: so war ein vollendeter Mord vorhanden; sonst nur ein Versuch.

Unser Fall ist ein neuer Beleg, wie wenig die Aerzte, obwohl sie besonders in der neuern Zeit mit ihren Belehrungen in das Recht einzugreifen nicht blöde gewesen sind, feste unbestrittene Grundsätze in ihrer Wissenschaft aufzustellen und über die Beurtheilung eines gegebenen Falles sich zu vereinigen vermögen. Wahrlich ist die Lage eines Kriminalrichters sehr peinlich, wenn er, selbst ein Laie in der Medicin, den Streit der Aerzte entscheiden und von dieser Entscheidung das Loos eines Angeklagten abhängig machen soll. Freilich läßt sich gemeinhin nicht bezweifeln, daß einer ganzen Fakultät mehr Gewicht beizulegen sei, wie einzelnen Gelehrten oder Praktikern [1]), und der an formelle Wahrheit gewöhnte Jurist könnte also leicht sein Gewissen beschwichtigen, wenn er der Meinung einer Fakultät den Vorzug gäbe. Allein, wo Leben und Tod in Frage steht, wird doch ein bedenklicher Richter lieber die Ueberzeugung von der rechten Wahrheit gewinnen, als sich von einer blos formellen einnehmen lassen. In unserm Falle traten noch besondere Umstände hinzu. Der obducirende Arzt, welcher das Elogium entworfen, war selbst Dekan der medicinischen Fakultät; denn der jeweilige Dekan verwaltet hier die Geschäfte des Physikus. Dieser Umstand allein hinderte ihn, an der Berathung der Fakultät Theil zu nehmen. Ein andres Mitglied der Fakultät war darum von der Theilnahme ausgeschlossen, weil er Vorsteher des Gebärhauses ist und in die-

---

[1]) In Schleswig und Holstein ist die größere Autorität der medicinischen Fakultät noch weniger zu bezweifeln, nach Maaßgabe der Verordnung vom 4. Nov. 1754. §. 2. und des Cirkulars vom 2. Juli 1776.

ser Eigenschaft theils zur Abgebung eines Erachtens über die Beschaffenheit des Kindes, theils zur Ablegung eines Zeugnisses in unserer Kriminalsache gekommen war. Ein drittes Mitglied entbehrte die Fakultät wegen seiner Krankheit. Auf die Weise waren nur zwei Mitglieder (unter ihnen der Professor der Anatomie) übrig geblieben, die das Gutachten hatten ausstellen können. Indessen fand die Juristenfakultät, welche nach unserer Verfassung dem aus allen vier Fakultäten zusammengesetzten akademischen Senate das Kriminalurtheil vorzuschlagen hat, doch keine Ursache, von dem Gutachten der medicinischen Fakultät abzugehen. Diese hatte Gründe dafür angeführt, daß die Entzündung der Leber konsensuelle Wirkungen auf Lunge und Gehirn geäußert habe, Gründe, die auch einem Laien einleuchtend erscheinen. Warum sollte man an jenen sympathischen Erscheinungen zweifeln, da im vorliegenden Falle keine andre Todesursache, keine andre Ursache der Blutanhäufung im Gehirn, erwiesen oder auch nur wahrscheinlich war? Diejenigen Mitglieder der Juristenfakultät, welche als Mitglieder des engern akademischen Konsistoriums bei der Secirung gegenwärtig gewesen waren, vermogten überdies nicht zu begreifen, wie eine so starke Entzündung der Leber, daß diese weich geworden und mit dem Pancreas und den angränzenden Gedärmen dicht verwachsen war, wie eine Entzündung von der Art, daß das Ganze der entzündeten Theile sich fast wie eine Breimasse darstellte, nicht hätte tödtlich seyn sollen; sie vermogten nicht zu begreifen, wie in dem Elogium von dieser Entzündung habe behauptet werden können, sie sei allzu geringe gewesen, um das Gehirn bedeutend sympathisch zu afficiren. Gleichwohl siegte im akademischen Senate die Mehrheit derjenigen, welche dafür hielten, daß man zu Gunsten der Inquisitinn das Geringere annehmen und deshalb, nach Anleitung des Elogiums der Obducenten, nur den Versuch des Mordes für bewiesen erachten müsse.

§. 8.

Eine andre Frage entstand über die rechtliche Natur des Verbrechens. Ist dasselbe infanticidium? oder parricidium?

Da der Kindermord, infanticidium, in der That nichts weiter ist als eine Art des Verwandtenmordes, des parricidium: so müßte man, wenn eine Mutter ihr Kind getödtet, das Verbrechen für einen Verwandtenmord gelten und die dafür angedrohete Strafe eintreten lassen, so lange man nicht auf klare Weise begreiflich machen könnte, daß die in der Bestrafung mildere und als Ausnahme hervorgehobene Art des Verwandtenmordes, welche infanticidium genannt wird, vorhanden sei. Nun fehlte es zwar nicht an drei Erfordernissen des Kindermordes, weder an der unehelichen Geburt des Kindes, noch an dessen Leben und Gliedmäßigkeit, noch an der Tödtung durch die Mutter selbst; desto mehr Bedenken aber erregten die andern beiden Erfordernisse, daß nämlich die Schwangerschaft und Niederkunft verheimlicht worden und daß das Kind ein neugebornes sei.

Verheimlichung der Schwangerschaft und Niederkunft, woran es in unserm Falle durchaus mangelte, hielt die Majorität der Juristenfakultät für keinen wesentlichen Bestandtheil des Kindermordes [2]). „Die Karolina Art. 131, so argumentirte die Majorität, braucht zwar den Ausdruck heymlicher weiß ertödtet; offenbar ist hier aber die Heimlichkeit auf den Akt der Tödtung bezogen, und das Prädikat heimlich kann füglich in eben demselben Sinne genommen werden, wie in der Ueberschrift des eben vorhergehenden Artikels der Ausdruck heymlich vergeben. In dem zweiten Abschnitte des Art. 131. ist frei-

---

2) Ueber die Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt als Erforderniß des Kindermordes vgl. Gans, von dem Verbrechen des Kindermordes S. 33 ff.

lich vom heimlichen Gebären die Rede und es heißt dabei: „So aber eyn weibßbild, als obsteht eyn lebendig glidmeßig kindlein, das nachmals todt erfunden, heymlich geboren und verborgen hett ꝛc.;“ so daß es scheinen könnte, als bestimme die Karolina nun näher, was zum Kindermord gehören solle. Unstreitig aber beziehen sich die Worte als obsteht zunächst nur auf die Qualität der verbrecherischen Handlung, und dann behandelt dieser zweite Abschnitt die heimliche Geburt blos als ein Indicium des Kindermordes, wie es ja auch natürlich ist, ohne daß man berechtigt wäre, das Indicium zu einem Theil des Thatbestandes zu machen. Auch kann aus dem Grunde, den die Praxis für die mildere Bestrafung des Kindermordes annimmt, Rücksicht auf das Ehrgefühl, nicht gefolgert werden, daß Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt wesentlich zum Kindermorde gehöre. Man wird schwerlich sagen können, daß das Ehrgefühl zu einer solchen That nicht treiben kann, wenn erst die uneheliche Schwängerung und die Geburt eines unehelichen Kindes bekannt geworden ist. Denn die Schwangerschaft, wie die Geburt, sind vorübergehende Zustände, und die Lage der Geschwängerten verschlimmert sich sehr bedeutend durch die Geburt eines lebenden und lebensfähigen Kindes in sofern, als sie nun in dem Kinde einen bleibenden Zeugen ihrer Schande hat und nicht mehr die Hofnung hegen kann, daß der Fehltritt so leicht vergessen werde. Wenn also auch die Schwangerschaft notorisch geworden ist: so fallen damit doch keinesweges die Motive zur That weg, welche der Gerichtsgebrauch bei der Würdigung dieses Verbrechens voraussetzt; noch weniger ist dieses der Fall, wenn man bei der mildern Strafbestimmung zugleich auf den gewöhnlich hülfslosen Zustand solcher Frauenspersonen Rücksicht nimmt. Bei dem Stillschweigen der Gesetze über den hier zur Frage stehenden Punkt [3]) kann es dem Richter nicht

---

[3]) Auch das für Holstein erlassene Edikt vom 24. März 1755 we-

verwehrt seyn, sich in seinem Urtheile durch die eben hervorgehobenen allgemeinen Betrachtungen leiten zu lassen, und mit Rücksicht darauf die Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt nicht als ein für den Begriff des Kindermordes nothwendiges Requisit anzusehen. Im Resultate würde es übrigens keinen Unterschied machen, ob man die Verheimlichung oder Nichtverheimlichung der Schwangerschaft als irrelevant betrachtet, oder ob man, mit Feuerbach [4]) und Andern, die Nichtverheimlichung der Schwangerschaft auf die eine oder andere Weise als einen Milderungsgrund ansieht, sei es, daß man die Verheimlichung der Schwangerschaft als eine Bedingung für die Anwendung der vollen gesetzlichen Strafe, und in Ermangelung dieser Bedingung den Thatbestand des Verbrechens für unvollständig ansieht, sei es, daß man zwischen Kindermord und Kindertodtschlag unterscheidet und die Nichtverheimlichung der Schwangerschaft als ein Kennzeichen des leztern Verbrechens gelten läßt; eine Ansicht, für welche auch die Praxis des Holsteinischen Oberkriminalgerichts angeführt werden kann [5])."

§. 9.

So viel endlich die Neugeborenheit betrifft: so erfordern dieselbe alle neuern Kriminalisten als einen Thatbestand des Kindermordes, wogegen sie, wenn das getödtete Kind nicht für neugeboren zu halten ist, ein Parricidium annehmen. Auch über diesen Punkt haben sowohl die gemeinen Rechte, als die Holsteinischen Landesgesetze, ein völliges Stillschweigen beobachtet; nur daß sich aus der P. H. G. O. Art. 131: „mit tödtung des unschuldigen kindtleins

---

gen Bestrafung des Kindermords (extendirt unterm 3. Nov. 1755) erwähnt mit keinem Worte der Verheimlichung der Schwangerschaft.

4) Lehrbuch des p. R. §. 240 (10te Ausg.).

5) Schirach, Holst. Kriminalrecht S. 323.

daran sie vor inn oder nach der Geburt schuldig wirt" so viel als unzweifelhaft ergiebt, daß das Kind nicht gerade im Augenblicke der Geburt braucht getödtet zu seyn, wenn wider die Mutter die gelindere Strafe des Kindermordes verhängt werden soll, daß vielmehr eine späterhin erfolgte Tödtung den Begriff dieses Verbrechens nicht ausschließt. Ob man nun gleich von dem doktrinellen Erfordernisse des Kindermordes, daß an einem neugebornen Kinde die Missethat verübt worden, abzugehen keine Ursache fand: so gab es doch abweichende Meinungen über den Begriff der Neugeborenheit und dessen Anwendung auf unsern Fall. Welches Kind ein neugebornes zu nennen ist, darüber sind die Rechtsgelehrten bekanntlich nicht einverstanden. Die große Relativität des Begriffs eines neugebornen Kindes scheint Wächter's Meinung zu rechtfertigen, daß es nicht zu billigen sei, wenn man den Begriff des Neugeborenseyns von bestimmten Stunden oder Tagen abhängig mache [6]). Zunächst muß es wohl auf die Umstände des einzelnen Falles ankommen.

Folgen wir der Majorität der Juristenfakultät und des akademischen Senates hierselbst: so erscheint der Umstand, daß die Inquisitinn noch in dem Gebärhause dem Kinde die Nadeln beigebracht hatte, als ein solcher, der wohl dazu berechtigt, das Kind ein neugebornes zu nennen. In einer Anstalt, wo die große Zahl der Wöchnerinnen aus solchen besteht, die in Unehren geschwängert sind, muß die Vorstellung von der unehelichen Schwängerung und der damit

---

[6]) Wächter, Lehrbuch des Strafrechts II. S. 164. Auch Gans a. a. O. S. 58 ff. läßt die Zeit allein nicht immer entscheiden; er erfordert 1) daß während der Zeit zwischen der Geburt und der Tödtung die Geburt verheimlicht werden konnte und verheimlicht wurde, und 2) daß die uneheliche Mutter während dieser Zeit noch an den Folgen der Entbindung litt und dem Laufe der Natur nach leiden mußte.

verbundenen Schande viel von ihrer Kraft verlieren. Dazu kommt, daß hier noch für alle Bedürfnisse der Inquisitinn gesorgt wurde und sie für den Augenblick außer Noth war und nicht zu sorgen brauchte. Aber wie ganz anders, wenn die Zeit sich nähert, wo dieser Aufenthalt ihr nicht mehr gestattet wird! Die Zeit, wo eine solche Person das Gebärhaus verlassen muß, kann man wohl einen wichtigen Abschnitt in ihrem Leben nennen. Die Inquisitinn soll gleichsam von Neuem in die Welt treten, ihr uneheliches Kind, den Zeugen ihres Vergehens, unter die Leute bringen, und sie soll von dem Augenblicke an, da sie die Anstalt verläßt, nicht blos, wie früher, für sich allein, sondern auch für das Unterkommen des Kindes sorgen. Das Verlassen der Anstalt erscheint demnach als eine so wichtige Veränderung in dem Leben der Inquisitinn, der Gedanke an diesen bevorstehenden Moment muß beunruhigende Gedanken und Sorgen mancherlei Art und gewiß in einem solchen Grade erregen, daß es nicht unrecht ist, auf diesen Punkt ein recht großes Gewicht zu legen und mit Rücksicht darauf das Kind der Inquisitinn für ein neugebornes zu erklären.

Ueberwiegende Gründe jedoch scheinen der entgegen gesetzten Ansicht, daß in unserm Falle nicht an einem neugebornen Kinde der Mord begangen wurde, zur Stütze zu dienen. Die eben geschilderte Lage, in welcher sich die Inquisitinn vor ihrem Abgange aus dem Gebärhause befand, war wohl geeignet, unter die Milderungsgründe aufgenommen zu werden; es ist aber schwer zu begreifen, wie man jene Lage mit dem Begriffe der Neugeborenheit in eine wesentliche Verbindung zu bringen vermögte. Denn will man auch mit Grolman [7]) ein Kind so lange für neugeboren halten, als der schreckliche Kampf zwischen den natürlichen Gefühlen einer Mutter und der Furcht vor der bevorstehenden Schande noch nicht gekämpft gewesen ist: so

---

[7]) Kriminalrechts-Wissenschaft §. 276.

vereinigten sich doch in unserm Falle alle Umstände, um das Kind der Inquisitinn nicht mehr als ein neugebornes anzusehen, als dieselbe den Mord unternahm. Soll der Begriff der Neugeborenheit blos nach der Zeit abgemessen werden: so wird nicht nur von den meisten Kriminalisten, sondern auch in den neuern Strafgesetzen [8]), eine viel geringere Zahl von Tagen angenommen, als das in Frage befangene Kind zur Zeit des ersten Mordversuches alt war. Dieses war damals bereits acht Tage alt. Soll die körperliche Beschaffenheit des Kindes entscheiden: so könnte dasselbe, Tittmann'en und Mende'n zufolge, nicht mehr für neugeboren gelten, wenn es in das außer der Mutter abgesonderte Leben eingewohnt ist und den Nahrungsstoff selbständig zubereitet [9]); was bei einem achttägigen Kinde sonder Zweifel Statt findet. Selbst die Verheilung der Nabelschnur, wenn man sie mit Mende, wiewohl ohne zureichenden Grund, als den äußersten Termin kriminalrechtlich betrachten dürfte, mußte vorüber seyn, da die Verheilung am 8ten oder 9ten Tage geschieht. Wäre der gesellige Stand des Kindes von Bedeutung: so müßte es gegen die Anwendung des Begriffs der Neugeborenheit sprechen, daß das Kind der Inquisitinn nicht allein unter dem Schutze einer öffentlichen Anstalt, des akademischen Gebärhauses, geboren und in die Register dieser Anstalt eingetragen war, sondern auch die heilige Taufe empfangen hatte, daß es mithin bürgerlich und kirchlich als ein Mitglied der Gesellschaft erschien, bevor die Mutter Hand an dasselbe legte, daß folglich die

---

[8]) Im Preußischen Landrechte 24 Stunden, im Baierschen und Oldenburgischen Strafgesetzbuche 3 Tage; im Entwurfe eines neuen Baierschen Strafgesetzbuchs v. J. 1822 nur 24 Stunden. Der Entwurf des Hannöverschen Strafbuchs läßt die Zeit unbestimmt.

[9]) Tittmann, Handbuch des K. R. II. §. 168. Mende, Handb. der gerichtlichen Med. III. S. 564.

von vielen Kriminalisten erforderte Heimlichkeit des Daseyns des Kindes durchaus nicht vorhanden war [10]).

Nicht minder stark sind ferner die Gründe, das Kind nicht mehr für ein neugebornes im Sinne des Kriminalrechtes zu halten, wenn man auf das Verhältniß der Mutter zu dem Kinde zurücksieht. In der Mutter mußten die natürlichen Gefühle gegen ihr Kind in dem Zeitraume von vollen acht Tagen erweckt und stark geworden seyn; sie hatte es stets vor Augen gehabt, sie hatte es an ihrer Brust genähret. Mit allen Hülfsmitteln versehen, welche einer Wöchnerinn theils nothwendig theils wünschenswerth sind, war die Mutter augenblicklich nicht einmal in Verlegenheit, geschweige denn in Verzweiflung; sie war auch bereits über jene Tage hinweg, in welchen etwa das Milchfieber eine Verwirrung der gesunden Vernunft oder der natürlichen Muttergefühle erklärlich machen könnte. Eben so wenig lag die Inquisitinn, als sie die That beging, im Kampfe mit den mütterlichen Gefühlen einer Seits und der Furcht vor der Schande anderer Seits; denn, ohne sonderlich in Erwägung zu ziehen, daß sie geständlich mit mehreren Mannspersonen seit früher Jugend Unzucht zu treiben sich nicht geschämt hatte, war sie nicht bedenklich gewesen, sich in eine öffentliche Gebäranstalt aufnehmen zu lassen und vor dieser Aufnahme sich wochenlang in ihrer Schwangerschaft unter nicht wenigen Menschen in Kiel zu zeigen. Von der Schande hatte die Inquisitinn niemals geredet; sie behauptete vielmehr, durch die Sorge um den Unterhalt des Kindes zu dem schrecklichen Entschlusse bestimmt zu seyn. Doch diese Sorge steht in keinem Zusammenhange mit dem Begriffe der Neugeborenheit; nur unter den Milderungsgründen hätte jene Sorge vielleicht Platz finden können; aber auch hier würde sie von keiner großen Erheblichkeit gewesen seyn, da nach den Holsteinischen und Dänischen Armengesetzen die

---

10) Vgl. Wächter, Lehrb. des Strafrechts II. S. 163.

Gemeinden verpflichtet sind, jeden hülfsbedürftigen Armen, also auch die Inquisitinn mit ihrem Kinde, falls sie für dasselbe den Unterhalt zu bestreiten unvermögend gewesen wäre, nothdürftig zu unterstützen.

§. 10.

Die bisher entwickelten abweichenden Ansichten über die Vollendung des Verbrechens und dessen Natur führten nothwendig zu verschiedenen Meinungen über die zu erkennende Strafe, wenn man gleich in Betreff der Milderungsgründe so ziemlich sich vereinigte.

Gleich dem Verwandtenmörder, büßt die Kindermörderinn ihre vollendete Missethat mit dem Leben; sie leidet, nach der Karolina, die Strafe des Ertränkens, nach Holsteinischen Gesetzen die Strafe des Beils [11]). Der Unterschied liegt in soweit nur in der Schärfung der Todesstrafe, eine Schärfung, welche im Fall eines Verwandtenmords regelmäßig eintritt, beim Kindermorde jedoch nur ausnahmsweise und stets auf eine gelindere Art, wie bei jenem. Desto erheblicher jedoch ist der Unterschied, welchen die Praxis eingeführt hat; denn diese belegt, der Regel nach, auch im Holsteinischen den bloßen Kindermord höchstens mit lebenswieriger Zuchthausstrafe, während eine Milderung der Strafe des Verwandtenmordes in der Praxis nicht begründet ist.

---

11) In Gemäßheit des k. Edikts vom 24. März 1755, für den damaligen königlich Dänischen Antheil an Holstein und für Schleswig gegeben, aber unterm 3. Nov. 1775 auf den vormals großfürstlichen Antheil, wozu Kiel gehörte, ausgedehnt, soll die Kindermörderinn mit dem Schwerte vom Leben zum Tode gebracht, ihr Kopf auf einen Pfahl gesetzt und ihr Körper unter dem Galgen verscharrt werden. Durch das Edikt vom 24. März 1779 ist die Hinrichtung mit dem Schwerte als eine misliche überall abgeschafft, und dafür die mit dem Beile eingeführt, welche in der Ausführung eine so große Sicherheit darbietet, daß das Mislingen einer Hinrichtung mit dem Beile kaum denkbar bleibt.

Unsere Juristenfakultät, nach der Mehrheit der Stimmen, war für das Urtheil, die Inquisitinn sei mit dem Beile vom Leben zum Tode zu bringen; jedoch sollte die Missethäterinn zur Begnadigung auf zehnjährige Zuchthausstrafe empfohlen werden. Indem nämlich die Fakultät, wie oben bemerkt, nur einen Kindermord, diesen aber für vollendet, annahm, glaubte sie zwar, auf die hier noch immer als gesetzlich bestehende Todesstrafe erkennen zu müssen; jedoch wurden von ihr zum Zweck einer Begnadigung folgende Milderungsgründe hervorgehoben: 1) die Milde, womit das Verbrechen des Kindermordes in der Praxis angesehen und bestraft wird. 2) der Umstand, daß sich wohl einige Zweifel regen könnten, ob auch wirklich vollkommen bewiesen sei, daß das Kind an der demselben beigebrachten Nadel gestorben wäre [12]). 3) die bedrängte Lage und traurige Gemütsstimmung der Inquisitinn; denn darüber waren einige Zeugnisse in den Akten. 4) der gespannte und gereizte Zustand, in welchem sich eine Wöchnerinn befindet und welcher selbst bei einem regelmäßig verlaufenden Wochenbette zehn bis elf Tage zu dauren pflegt. Dieser Zustand mußte bei der Inquisitinn um so mehr eingetreten seyn, da sie, den aktenmäßigen Zeugnissen zufolge, eine volle, doch nicht leicht Milch gebende Brust, gehabt hatte, so daß ihr schwaches Kind anfänglich wenig Milch von ihr hatte bekommen können und sie deshalb wahrscheinlich an Kongestionen nach dem Kopfe mogte gelitten haben. An und für sich ist zwar ein solcher Zustand keineswegs die Quelle verbrecherischer Gedanken und Entschlüsse. Wenn aber verbrecherische Gedanken sich erst in das Herz eines Menschen eingeschlichen haben: dann mag allerdings ein solcher Zustand, indem er eine verminderte Freiheit herbeiführt, auch weniger geschickt machen, den andringenden bösen Gedanken zu widerstehen und in dem Kampfe zwischen den

---

12) Vgl. das oben im §. 7 Ausgeführte.

natürlichen Gefühlen der Mutterliebe und der Furcht vor Schande und Elend obzusiegen. 5) der Umstand, daß die Inquisitinn nach allem, was sie von der Schwäche des Kindes und von der Wahrscheinlichkeit seines baldigen Ablebens gehört, geglaubt hat, daß das Kind nicht leben werde. Es war nämlich durch mehrere Zeugen dargethan, daß man in dem Gebärhause unvorsichtiger Weise in Gegenwart der Wöchnerinn davon gesprochen hatte, ihr Kind sei schwach und werde nicht leben bleiben. Freilich kann man nicht sagen, die Inquisitinn habe aus guter Absicht das Kind getödtet, um die Leiden desselben abzukürzen. In allen ihren Abhörungen hatte sie ihre Meinung, daß das Kind nicht werde leben können, mit ihrem Wunsche in Verbindung gebracht, das Kind los zu werden, weil sie nicht wisse, wo sie mit demselben hin solle, und zwar hatte sich die Sache so dargestellt, daß in diesem Wunsche der eigentliche Beweggrund zur Tödtung des Kindes anzutreffen war. Ihre Meinung von der Schwäche und dem bald zu befürchtenden Tode des Kindes war immer blos als ein Umstand bezeichnet worden, welcher ihr jenen Wunsch und dessen Ausführung weniger strafbar erscheinen lassen. Man mußte indessen nach allen Umständen annehmen, daß die Inquisitinn es nicht würde über sich vermogt haben, die Tage des Kindes zu verkürzen, wenn es gesund und kräftig, und nicht im Gegentheil der Anschein eines nahen Todes schon da gewesen wäre. Nun würde zwar selbst die größte Todesgefahr die Tödtung nicht entschuldigen; da diese aber nur in der Voraussetzung geschehen war, daß doch keine Rettung zu hoffen sei: so zeugt dieser Umstand doch allemal von einem geringern Grade der Bosheit und Verstocktheit und stellt die Verschuldung in einem geringern Grade dar, als sonst der Fall würde gewesen seyn. Uebrigens war die Fakultät der Meinung, daß die Schwachheit des Kindes nur einen Milderungs- oder Begnadigungs-Grund und zwar deshalb abgeben könne, weil die Mutter an dem Fortkommen des Kindes habe zweifeln

müssen. An der Lebensfähigkeit, als einem von Vielen angenommenen Erfordernisse des Thatbestandes des Kindermords [13]), fehlte es gar nicht, da das Kind, obwohl es 4 bis 5 Wochen zu früh sollte zur Welt gekommen seyn, vierzehn Tage gelebt, ja die lezten acht Tage mit der verschluckten Nadel gelebt hatte. Misbildungen aber, oder organische Fehler, wodurch die Lebensfähigkeit aufgehoben oder gar die menschliche Persönlichkeit ausgeschlossen wird, hatten sich bei der Leichenschau nicht ergeben; es mangelte also keinesweges die gesetzlich erforderte Gliedmäßigkeit. 6) Ferner fand man einen mildernden Umstand in der großen Jugend, da die Mutter zur Zeit des begangenen Verbrechens erst 19 Jahr alt war. Sieht man auf die That selbst: so muß nicht blos die Zahl der Jahre, sondern zugleich die Betrachtung entscheiden, ob jugendlicher Leichtsinn und Unbesonnenheit vorgewaltet habe. Das frühere Leben, obwohl nicht lobenswerth, zeugte doch nicht von Bosheit und Verstocktheit; Leichtsinn und Unbesonnenheit war der Inquisitinn beizumessen. Sieht man auf die Strafe: so läßt sich das jugendliche Alter aus einem zweifachen Gesichtspunkte betrachten, theils in sofern es ein natürliches menschliches Mitgefühl für einen Verbrecher erweckt, theils insofern jede lebenswierige Freiheitsstrafe, je größer die Jugend des Verbrechers ist, aller Wahrscheinlichkeit nach um so länger dauern, folglich um so viel härter seyn wird. Endlich 7) brachte man das vortheilhafte Zeugniß in Anschlag, welches Hr. Pastor Harms über das Benehmen der Inquisitinn während ihrer

---

[13]) Gans, von dem Verbrechen des Kindermordes S. 72—76. Vgl. über die verschiedenen Meinungen das sehr nützliche Lehrbuch von Wächter II. S. 165. 166, welches in Bezug auf den Ausdruck gliedmäßig am Ende sagt: „Auf alle Fälle ist der Ausdruck der Karolina zweifelhaft und unbestimmt, und daher schon nach der gesetzlichen Regel, daß im Zweifel das Gelindere vorzuziehen ist, für das Requisit der Lebensfähigkeit zu entscheiden.“

Haft ausgestellt hatte [14]), und welches zu der Hofnung berechtigte, die Inquisitinn werde in Zukunft einen bessern Lebenswandel führen, als bisher, und die Lehren der Religion, mit deren Betrachtung sie sich unter der Leitung des Predigers willig und gern beschäftigt, auf ihre moralische Besserung und auf ihren Lebenswandel einwirken lassen.

§. 11.

Von der bisher dargelegten Meinung der juridischen Fakultät wich wiederum die Mehrheit des akademischen Senates ab; denn diese erkannte in der verbrecherischen That nur den beendigten Versuch eines Kindermordes, fällte deshalb ihr Urtheil auf lebenswierige Zuchthausstrafe, und hielt die Inquisitinn zwar ebenfalls einer Begnadigung nicht unwerth, jedoch nur in dem Maaße, daß man, statt auf gewisse Jahre die Zuchthausstrafe herabzusetzen, lediglich von dem künftigen Betragen die Milderung der Strafe wollte abhängen lassen. Obwohl dieses Urtheil des akademischen Kon-

---

[14]) „Die . . . von mir besuchte Inculpatin Maren Anders Tochter aus Thorsing hat sich gezeiget:

willig, in die Unterredungen mit mir einzugehen;

folgsam, so viel ich erfahren habe, in Betreff der disciplinarischen Anordnungen, welche ich in ihrem vorigen Gefängnisse zu machen Ursache fand; (sie sollte z. B. daselbst nicht am Fenster sitzen)

wohl unterrichtet, so weit es von einem Mädchen dieses Standes erwartet werden kann und noch mehr;

reuig, sehr reuig, soweit Menschenaugen sehen, über ihre Unthat, wie sie das durch viele Thränen oft auf leise Erinnerungen an den Tag gelegt hat;

andächtig, wenn mich nicht alles trügt, bei unsern Gebeten und bei dem heil. Abendmahl.

Aus welchen Gründen ich glaube schließen zu dürfen, daß mein Amt bei ihr — vergeblich nicht gewesen sei. Der Geist Gottes leite sie ferner!

Harms, Archidiakonus."

fistoriums nicht ohne nachdrücklichen Widerspruch blieb: so vereinigten sich doch fast alle Meinungen in der Schlußfolge, daß lebenswierige Zuchthausstrafe Statt finden müsse. Und in der That erscheint diese Strafe weder zu hart, noch zu gelinde. Zu hart kann sie selbst denen nicht erscheinen, die in unserm Falle blos den beendigten Versuch des Mordes für ausgemacht halten und die Unthat unter den Begriff des Kindermordes bringen. Die gesetzliche Strafe des vollendeten Kindermordes ist die Todesstrafe, und wenn auch der Gerichtsgebrauch in der Regel nur für Zuchthausstrafe seyn mag: so weicht doch seine Milde der gesetzlichen Strenge alsdann, wenn das Verbrechen unter erschwerenden Umständen vollführt ist. Der Versuch pflegt zwar gelinder, als das vollendete Verbrechen, geahndet zu werden; daß aber diese Ahndung selbst bis zur Todesstrafe steigen könne, ist nicht zweifelhaft [15]). Nun war hier mindestens der nächste oder beendigte Versuch des Kindermordes zu bestrafen, und wenn man auch die oben erwähnten mildernden Umstände schwer aufzuwägen geneigt ist: so muß man doch einräumen, daß auf der andern Seite die Verschuldung recht arg hervortritt. Nicht allein war das Mittel der Tödtung, fast mögte man sagen, unerhört, und ohne Frage eben so schlau gewählt, als für die allgemeine Sicherheit der Neugebornen höchst gefährlich, da die Eingebung von Nadeln wohl selten äußerliche Spuren zurücklassen und gewiß noch seltener als mörderische Handlung bewiesen werden wird, so daß diese Art der Ermordung nur durch einen besondern Zufall zur obrigkeitlichen Untersuchung und Bestrafung gelangen kann; sondern es zeugte auch das gewählte Mittel der Tödtung von einer ungewöhnlichen Rohheit und Grausamkeit, indem die Mutter, statt eine plötzliche Tödtung auszuführen, recht geflissentlich es darauf anlegte, ihr Kind eines langsamern, aber immer schmerzhaften Todes, sterben zu lassen. Ja, es

---

[15]) P. G. O. Art. 178. Vgl. Meister, Pr. jur. crim. §. 112.

genügte ihr nicht ein einziger Versuch; sie machte am andern Tage einen zweiten, zum Beweise, daß ihr die schreckliche That nicht gereuete, daß sie vielmehr fortdauernd in dem unnatürlichen Vorsatze, ihr Kind zu morden, sich stark fühlte.

Wer aber auch einen vollendeten Verwandtenmord in unserm Falle ahnden zu müssen glaubt, dem wird doch eine lebenswierige Zuchthausstrafe keineswegs als ein zu geringes Uebel erscheinen, wenn er die oben §. 10. auseinander gesetzten mildernden Umstände in gehörige Erwägung zieht, zumal die Verschiedenheit der ärztlichen Ansichten über die nächste Todesursache, die Meinung der Mutter von dem baldigen Ableben des schwachen Kindes, die zarte Jugend der Mörderinn. Ueberdies steht unser Fall des Verwandtenmordes, wenn man das Verbrechen unter diesen Begriff zu bringen auch keinen Anstand nimmt, doch nahe an der Gränze des Kindermordes, so nahe, daß dem Publikum, welches scharf zu unterscheiden weder gewöhnt noch fähig ist, die Missethat nur wie ein gewöhnlicher Kindermord vorkommen wird, bis auf den Umstand etwa, daß die Mutter ein ungewöhnliches und grausames Mittel der Tödtung sich ausersehen hatte.

Mittelst einer königlichen Resolution vom 18. Nov. 1828 wurde das auf lebenslängliche Zuchthausstrafe gerichtete Erkenntniß des akademischen Konsistoriums schlechthin bestätigt. Der durch die Majorität ausgedrückte und einberichtete Wunsch, daß die Inquisitinn, unter Voraussetzung der Besserung, eine Abkürzung ihrer Strafe durch königliche Gnade erlangen möge, wurde in jener höchsten Resolution mit Stillschweigen übergangen.

65.

Das Verunreinigen der zum öffentlichen Gebrauche dienenden Gewässer verdient eine strenge Ahndung.

Es giebt nicht wenige Anordnungen, die nicht sowohl der wissenschaftlichen Ausbildung, als vielmehr des Hervorhebens bedürfen; denn gar manche Gesetze, so verständlich und zweckmäßig auch ihr Inhalt ist, bleiben eines Theils deshalb ohne Anwendung, weil die neuern Bearbeiter unseres weitschichtigen Rechtsgebäudes sie nicht an's Licht gezogen und den Geschäftsmännern vorgehalten haben, andern Theils deshalb, weil ein Zweifel an der heutigen Anwendbarkeit sich geltend macht. Wie mancher Praktiker mißt nicht die fortwährende Gültigkeit eines Rechtssatzes blos darnach ab, daß er denselben auf der Akademie gehört, oder in gangbaren Lehrbüchern oder in Sammlungen von Rechtsfällen gelesen hat! Ja es giebt viele Geschäftsmänner, die mit dem Alter in den Wahn verfallen, nur dasjenige für anwendbar zu achten, was in ihrem Geschäftsleben vorgekommen und als gültig anerkannt worden ist. Der hieraus für die Aufrechthaltung einer gesetzmäßigen Ordnung entstehende Nachtheil ist um so größer, je weniger der Praktiker sich geübt hat, aus allgemeinen Grundsätzen die rechtliche Beschaffenheit eines gegebenen Falles zu bemessen, je mehr er also umgekehrt sich geneigt fühlt, einen einzelnen Fall nach einer dafür bestehenden besondern Rechtsnorm zu beurtheilen und in Ermangelung einer solchen über eine Lücke in der Gesetzgebung zu klagen.

Wenn jemand zum Beispiel Flüße, Teiche, Brunnen, welche zum öffentlichen Gebrauche dienen, auf irgend eine Weise verunreinigt: so vergeht er sich offenbar wider die guten Sitten, ausgenommen in den Fällen, wo ein Fluß

oder ein Teich zur Aufnahme des Unraths nach der örtlichen Beschaffenheit oder Gewohnheit bestimmt, oder jemand aus einem besondern Rechtsgrunde zu einer, der Reinheit des Wassers verderblichen Benutzung des Flusses oder Teiches, befugt ist; wie z. B. an vielen Orten die Färber, Lohgärber. Mit Ausnahme solcher Fälle erscheint das Verunreinigen öffentlicher Gewässer als ein Vergehen wider die unveränderlichen Gesetze der Sitten- und Wohlfahrts-Polizei. Gleichwohl zeigt die tägliche Beobachtung, wie wenig die Obrigkeiten eine gute Fluß- und Teich-Polizei handhaben. Es ist darum vielleicht nicht ohne Nutzen, auf eine ausdrückliche Bestimmung des Römischen Rechts, das Verunreinigen der Gewässer betreffend, aufmerksam zu machen. „*Fit injuria contra bonos mores, veluti si quis* fimo corrupto aliquem perfuderit, coeno, luto oblinierit, *aquas spurcaverit, fistulas, lacus, quidve aliud, ad injuriam publicam contaminaverit*; in quos *graviter* animadverti solet“ [1]). Also pflegte bei den Römern derjenige nachdrücklich bestraft zu werden, welcher sich des Verunreinigens öffentlicher Gewässer schuldig gemacht und eben dadurch sich gegen das Publikum oder die guten Sitten vergangen hatte. Das Maaß der Strafe bleibt dem richterlichen Ermessen anheim gestellt, weil dieses Vergehen unter die extraordinaria crimina gehört; nur muß nachdrücklich, graviter, gestraft werden. Selbst den Soldaten, welche an einem Flusse lagerten, wurde durch ein Mandat der Kaiser Gratian, Valentinian und Theodosius eingeschärft, das gemeinschaftliche Trinkwasser nicht durch Abführung des Unraths zu beschmutzen [2]).

---

[1]) 1. §. 1. D. 47, 11. de extraord. crim. (Paulus).

[2]) 12. C. 12, 36. de re militari: Cum supra virentes fluminum ripas omnis legionum multitudo consistit: ideo provida auctoritate decernimus, *ut nullus omnino immundo fimo sorditatis fluentis commune poculum polluat.* Vgl. 13. C. Th. 7, 1. de re militari.

66.

Das Baden geschehe ohne öffentliches Aergerniß.

Daß niemand etwas gegen die guten Sitten unternehmen dürfe, diese Rechtsregel ist so durchgreifend, wie anerkannt. Auch fehlt es wohl selten an dem richtigen Gefühle oder der gesunden Beurtheilung, ob eine Handlung ehrbar, anständig, sittlich sei, oder nicht. Schlaff indessen, unbegreiflich schlaff, pflegen sich die Obrigkeiten gegen gewisse Uebertretungen der Sittengesetze zu benehmen. Nicht zu billigen freilich ist das Treiben der Polizei, wenn es auf Erspähung solcher Vergehen, die nichts weiter als Leichtfertigkeiten und im Verborgenen vorgefallen sind, gerichtet wird, weil die Ausmittelung von dergleichen heimlichen Uebertretungen der Sittengesetze öfters einen ärgern Anstoß im Publikum verursacht, als den Polizeigesetzen selbst durch die Ueberschreitung gegeben ist. Desto schärfer aber sollte die Polizei solche Handlungen bestrafen, wodurch ein öffentliches Aergerniß veranlaßt wird. Hierhin gehört namentlich das Baden nahe an öffentlichen Wegen und Plätzen. Was soll man dazu sagen, wenn unter obrigkeitlicher Mitwirkung im Gebiete einer berühmten Universitätsstadt ein Badeplatz an einem viel betretenen Dorfwege, welcher zugleich zum Spaziergange dient, angelegt worden?! Und wer irgend noch etwas auf Schaamhaftigkeit hält, kann er es gut heissen, daß im Gebiete einer andern Stadt, nahe an der belebten, von neugierigen Kindern besetzten Schiffbrücke, die Schwimmer sich vor Aller Augen entkleiden und in den Hafen springen? Wurde doch sogar den rohen Römischen Reitern eine sittsame Zurückhaltung zur Pflicht gemacht, wenn sie ihre Pferde in's Wasser ritten! [1]).

---

[1]) 12. C. 12, 36. de re militari (Grat. Valent. & Theod.) .... *neve* abulendo equorum sudores *deproperans publicos oculos nudatus incestet*, sed procul a cunctorum obtutibus in inferioribus partibus fluviorum hoc ipsum faciat.

67.

Im Jahre 1830 begehrt ein Vertheidiger noch die Beibringung des Todtenscheins über Napoleon's Ableben.

Vor dem Tribunale der korrektionellen Polizei in Paris erschien am 15. Jan. 1830 ein Weib, namens Voisin, unter der Anklage der Prellerei [1]). Ein Pariser Rechtsbeflissener, namens Pain d'Orge, ein reicher junger Mann, hatte die fixe Idee, Napoleon sei noch am Leben und das Gerücht von dessen Tode sei nur deshalb verbreitet, um die Hofnungen seiner Anhänger zu zerstören. Von diesem Wahne hatte die Angeklagte Vortheil zu ziehen gesucht. Sie spiegelte vor, bald werde Napoleon in Havre landen, und Joseph Bonaparte und Murat seien schon bei ihr versteckt. Diese leztern mit den nothwendigsten Bedürfnissen zu unterstützen, hatte Pain d'Orge Hemden, Beinkleider, Strümpfe, und etwa 800 Franken an die Voisin gegeben. Gelegentlich war ihm dagegen von diesem Weibe die Stelle eines ersten Adjutanten bei Napoleon zugesagt. Aber obwohl er auf dieses Versprechen so fest gebauet, daß er sich bald nachher einen Adjutantendegen bestellte: so gestand er doch vor Gericht, daß er jene Effekten und Gelder auch ohne alle die Vorspiegelungen, welche das Weib gemacht, würde gegeben haben. Aus eben diesem Grunde erfolgte die Freisprechung der Angeklagten.

Merkwürdiger indessen, als die fixe Idee von dem Leben Napoleon's, war uns der Antrag des Vertheidigers der Angeklagten:

---

1) Courrier français 1830. Nr. 16.

„Angesehen, daß keiner von den Umständen der Sache das Delikt der Prellerei (escroquerie) begründet; daß, um Prellerei anzunehmen, bewiesen seyn müßte, daß Se Majestät der Kaiser Napoleon gestorben wäre; daß man keinen gesetzlichen Beweis seines Ablebens beigebracht hat;

Angesehen, daß es dem öffentlichen Ministerium obliegt, diesen Beweis zu führen;

Möge das Tribunal vor Entscheidung der Sache anzuordnen geruhen, daß das öffentliche Ministerium Napoleon's Todtenschein, gehörig beglaubigt durch die Englischen Behörden, beibringe."

Wenn Richter und Zuhörer in ein schallendes Gelächter ausgebrochen sind: so hat doch der Advokat Chicoineau durch den Ernst, welchen er behauptet, zu erkennen gegeben, wie wenig er es auf einen Scherz abgesehen hatte. Und in der That haben nicht wenige Advokaten eines Theils so wunderliche Vorstellungen von der Pflicht, alle nur denkbaren Mittel der Vertheidigung hervorzusuchen, sollten diese auch abgeschmackt und lächerlich erscheinen, andern Theils herrschen so ausschweifende Begriffe von der Nothwendigkeit, Alles aktenmäßig zu machen und nichts zu glauben oder für wahr zu halten, was nicht aktenmäßig gewiß ist, daß auch unter den Deutschen Sachführern wohl mancher das Schicksal des Pariser Chicoineau theilen würde, wenn er vor einem Pariser Publikum aufträte.

68.

Jedermann ist zu der Vertheidigung eines Angeschuldigten zuzulassen.

Non tantum ei, qui ad supplicium ducitur, provocare permittitur: verum alii quoque nomine ejus, non tantum si ille mandaverit, verum quisquis alius provocare voluerit: neque distinguitur, utrum necessarius ejus sit, nec ne: *credo enim humanitatis ratione omnem provocantem audiri debere*: ergo et si ipse adquiescit sententiae: nec quaerimus, cujus intersit. Quid ergo, si resistat, qui damnatus est, adversus provocationem? nec velit admitti ejus appellationem, perire festinans? Adhuc putem differendum supplicium. Diese vortreffliche Stelle aus Ulpian [1]) legt klar vor Augen, daß wider die Verurtheilung eines Angeschuldigten jedermann ein Rechtsmittel zu ergreifen befugt ist; jedermann, gleichviel ob der Verurtheilte Auftrag ertheilt, oder nicht, ob derselbe einwilligt, oder nicht, sogar wider den erklärten Willen des Verurtheilten. Man fragt eben so wenig, ob und wie etwa der Appellant mit dem Verurtheilten verwandt oder verschwägert sei, oder was ihm sonst daran liege, die Sache zu verfolgen. Denn die Menschlichkeit muß uns bestimmen, jeden zu hören, der es versuchen will, den Angeklagten zu retten. Eben dieser Grund, die Humanität, sichert dieser Stelle die fortwährende Anwendbarkeit, so lange nicht Landesgesetze irgendwo entgegen stehen. Anders würde es sich verhalten, wenn jenes Vertheidigungsrecht in besondern Einrichtungen der Römer, in eigenen processualischen Grundsätzen, die sich mit den unsrigen nicht vertrügen, ge-

1) 6. D. 49, 1. de appellationibus. Nach Gebauer wäre Marcian der Autor dieses Fragments.

gründet wäre. Könnte es aber vielleicht rathsam seyn, die einem jeden beigelegte Befugniß, wider peinliche Verurtheilungen Rechtsmittel zu ergreifen, aus der Theorie zu verbannen? Wer die Sache etwas genauer überlegt, wer zumal die Verzögerungen und Weitläuftigkeiten in Anschlag bringt, in welche bei uns ohnehin schon ein peinlicher Proceß zu gerathen pflegt, dem mag es vielleicht unräthlich scheinen, durch die Belebung jener Befugniß noch mehr Anlaß zu Weiterungen zu geben. Allein hier liegt die Gefahr, die Kriminalsachen in die Länge zu ziehen, gewiß sehr fern. In den allerwenigsten Fällen wird jemand Lust und Beruf finden, von jener Befugniß Gebrauch zu machen, weil dieser Gebrauch lebhafte Theilnahme an dem Schicksale des Verurtheilten, einen hohen Grad der Ueberzeugung von einem ihm zugefügten Unrechte, und keine geringe Aufopferung von Geld, Zeit und Gemütsruhe, voraussetzt. Wenn dessen ungeachtet jemand einschreitet: so gebietet die Humanität, ihn zu hören, weil es nicht ganz unwahrscheinlich wird, daß er vielleicht etwas zur Entschuldigung oder Freisprechung des Verurtheilten beizutragen vermögte. Ueberdies darf es nicht zweifelhaft seyn, daß eine Bestrafung Statt finden muß, wenn das Ergreifen eines Rechtsmittels aus Mutwillen geschehen wäre.

Unsre Stelle spricht von der Provokation oder Appellation; nach gemeinem Deutschen Rechte aber steht der Weg der Appellation nicht offen [2]). Es ist jedoch kein Grund vorhanden, so wenig die landrechtlich üblichen Rechtsmittel bald der weitern Vertheidigung bald der Appellation, als die gemeinrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde, dem Dritten, welcher sich zu Gunsten eines Verurtheilten verwenden will, zu versagen. Ja sogar das Begnadigungsgesuch muß ihm gestattet werden, weil auch die Römische Provokation oder Appellation Begnadigungsgründe nicht ausschloß, und weil die

---

[2]) R. K. G. O. (von 1555.) 2, 28. §. 5.

Humanität uns zu der Zulassung des einen wie des andern Mittels, einen Verurtheilten zu retten, in gleicher Stärke auffordert.

Daß übrigens zu diesem Zweck die Einsicht der gerichtlichen Akten zu gestatten sei, kann kein Bedenken erregen. Wie wäre es dem Dritten sonst möglich, auf eine zweckmäßige Weise einzuschreiten?

Noch dringt sich eine andre Frage auf. Der obige Text räumt dem Dritten ausdrücklich nichts als ein Rechtsmittel ein. Wer dieses zur Hand nimmt, vertheidigt in der That den Verurtheilten. Dürfte aber der Dritte nicht schon vor Fällung eines Urtheils zu einer Vertheidigung zugelassen werden? Fände bei uns eine öffentliche Verhandlung der peinlichen Sachen Statt: so wäre es kaum denkbar, daß der Richter jemanden vor den Schranken das Wort versagte. Eben so wenig wird das Gericht, obwohl heimlich untersucht und in die Akten geschrieben wird, eine ihm von irgend jemand überreichte Schutzschrift von den Akten zu weisen befugt seyn. Desgleichen soll das Gericht, dem Art. 47 der Karolina gemäß, diejenigen Zeugen vernehmen, welche die Freunde eines Gefangenen wollen abgehört wissen. Aber ist der Dritte, wenn er weder Zeugen noch sonstige Beweismittel vorbringt, die Einsicht der Akten zu begehren befugt, um weiter keine andre Art der Vertheidigung, als eine Ausführung der Schuldlosigkeit oder der Milderungsgründe nach Maaßgabe der Akten, einzubringen? Müßte der Dritte nicht erst erwarten, ob eine Verurtheilung ausgesprochen und er dadurch berechtigt würde, ein Rechtsmittel dawider zu ergreifen? Meines Erachtens begreift die Befugniß, eine ausgesprochene Verurtheilung anzufechten, auch das Recht in sich, die Verurtheilung abzuwehren; denn ein Rechtsmittel verdient schwerlich eine größere Begünstigung, als eine dem Urtheile vorangehende Aufklärung, wodurch möglicher Weise eine ungerechte oder unbillige Verurtheilung verhütet wird. Einem menschlich gesinnten Richter wird der Versuch, den

Angeklagten zu entschuldigen, vor Aussprechung des Erkenntnisses noch willkommner seyn, als hinterher. Weiterungen sind hier noch weniger zu fürchten, als in dem gesetzlich zunächst behandelten Falle.

69.

Eine zweifelhafte Verurtheilung in Kriminalsachen ist auf das Gelindeste auszulegen.

Wegen tödtlicher Verletzung vor Gericht gestellt, hatte der Angeschuldigte das Schicksal, zu einem Festungsarreste verurtheilt zu werden. Es giebt aber nach Schleswig-Holsteinischen Gesetzen drei Grade des Festungsarrestes, und gleichwohl war in dem Urtheile der abzuhaltende Grad des Arrestes nicht bestimmt. Aus der beigemessenen Schuld, einer Fahrlässigkeit, ließ sich der Grad eben so wenig erkennen, da das Vergehen lediglich nach richterlichem Ermessen zu ahnden war. Durfte nun der mittlere Grad des Arrestes Statt finden? Oder war es vielleicht erlaubt, bei dem Gerichte um Erklärung seines Urtheils einzukommen? Keins von beiden. In Gemäßheit einer hier anwendbaren Bestimmung des gemeinen Rechtes gab es keinen andern Ausweg, als den gelindesten Grad des Festungsarrestes eintreten zu lassen [1]). So wurde auch dem Festungskommandanten höchsten Orts zu erkennen gegeben.

---

[1]) 32. D. 48, 19. de poenis (Ulpian): Si praeses vel judex ita interlocutus sit *Vim fecisti:* si quidem ex interdicto, non erit notatus; nec poena legis Juliae sequetur: si vero ex crimine, alind est. Quid, si non distinxerit praeses, utrum Julia publicorum, an Julia privatorum? tunc ex crimine erit aestimandum. Sed si utriusque legis crimina objecta sunt, mitior lex, id est, privatorum, erit sequenda.

70.

Die Prüfung der rechtsgelehrten Kandidaten in Schleswig und Holstein.

§. 1.

Das Amtsexamen ist in Schleswig und Holstein eine Angelegenheit, welche jedes Jahr die regste Theilnahme erweckt, und der gute Ruf unserer Prüfungen ist weit über die vaterländische Gränze hinaus verbreitet. Gleichwohl ist diese Einrichtung im Auslande nicht näher bekannt, und selbst im Vaterlande lassen sich hin und wieder Wünsche hören, die zum Theil auf irrige Ansichten schliessen lassen.

In Gemäßheit der königl. Verordnung vom 18. Dec. 1795 ist das Examen der jungen Rechtsgelehrten theils schriftlich, theils mündlich. Zum schriftlichen gehören, außer gewissen Fragen, über beliebige Gegenstände zwei Abhandlungen, die sechs Wochen vor dem Examen müssen eingeschickt werden; die eine in Deutscher, die andre in Lateinischer Sprache. Je nach dem Geburtsorte werden die Kandidaten entweder von dem Schleswigschen oder von dem Holsteinischen Obergerichte geprüft; Dänen, Naturalisirte und Ausländer (denn diese erwerben mit dem 1sten Charakter das Indigenat) haben freie Wahl. Nur einmal im Jahre, bald nach Michael, findet vor jedem Obergerichte die Prüfung Statt, so daß die Kandidaten aus jedem Herzogthume sich vereint stellen müssen. Um zugelassen zu werden, ist erforderlich: 21jähriges Alter, ein öffentliches Zeugniß der Landesuniversität, die der Kandidat zwei Jahre besucht haben soll, und die Vollendung eines dreijährigen akademischen Studiums. Eine Maturitätsprüfung beim Eintritt in die akademische Laufbahn ist eben so wenig vorgeschrieben, als der Besuch gewisser Vorlesungen.

Dieselben schriftlichen Fragen werden Allen vorgelegt; die schriftliche Beantwortung geschieht unter Aufsicht eines Obergerichtssekretärs, um Misbräuche zu verhüten. Für das mündliche Examen werden die Kandidaten, nach der Ordnung der Anmeldung, in Klassen von sechs oder sieben eingetheilt. Begreiflich erhält jeder nach der Reihe eine andre mündliche Frage, so wie auch jedem eine andre Akte zur Relation zugetheilt wird. Gegenstand der Prüfung ist zunächst freilich die Rechtswissenschaft; aber mündlich wird auch über die Vorkenntnisse oder Hülfswissenschaften examinirt. Um die Kenntniß der Lateinischen Sprache zu erforschen, muß nicht blos die eine Abhandlung Lateinisch geschrieben seyn, vielmehr werden auch einige von den schriftlichen Fragen in Lateinischer Sprache zur Beantwortung in dieser Sprache vorgelegt. Das mündliche Examen geschieht in Deutscher Sprache. Ueber die Kenntniß des Dänischen muß der Kandidat ein Zeugniß beibringen, bevor er eine Bestallung erhält.

Nach bestandener Prüfung, woran der Kanzler und sämmtliche Räthe des Obergerichtes Theil nehmen, und worüber ein Sekretär protokollirt, wird jedem Kandidaten ein Zeugniß ausgefertigt. Nach Maaßgabe des Erfolgs erhält er den 1sten, 2ten, oder 3ten Charakter; dieser ist der schlechteste. Jeder Charakter leidet noch einen, meistens steigernden Zusatz. Wer nicht einmal den 3ten Charakter verdient, wird (als nondum maturus) abgewiesen. Im nächsten Jahre darf sich der Abgewiesene eben sowohl, als der mit dem 3ten Charakter Versehene, wieder zur Prüfung stellen.

§. 2.

Das Wichtigste, wie leicht einzusehen, sind die Grundsätze über den Werth der Leistungen; aber darüber enthält jene Examinations-Verordnung nur unvollkommene Verfügungen. Da die beiden Obergerichte von einander unabhängig sind: so kann es nicht auffallen, wenn ihre Grundsätze in Ermangelung eines bestimmten Gesetzes von einander

abweichen. Im großen Publikum ist indessen wenig davon bekannt. Dem Vernehmen nach kommen in Schleswig, einem Kollegialbeschlusse gemäß, folgende Grundsätze zur Anwendung:

1) Den Kandidaten werden bei der ganzen Prüfung 45 Prädikate beigelegt, und zwar

a) für jede der beiden Abhandlungen 4 = . . 8.
b) für jede schriftliche Frage 1 . . . . . 18.
c) im mündlichen Examen:
1) für die Geschichte . . . . 1.
2) Philosophische Wissenschaften . 1.
3) Römisches Recht . . . . 4.
4) Kirchenrecht . . . . . 1.
5) Civilproceß . . . . . 3.
6) Kriminal-Recht und Proceß . 3.
7) Vaterländisches Recht . . . 2. 15.
d) für die Relation aus den Akten . . . . 4.
= 45.

2) Die Prädikate sind: sehr gut, gut, und hinlänglich. Jedes derselben kann durch Beifügung der Ausdrücke: größten Theils, großen Theils und zum Theil vermindert und gewisser Maaßen in vier Theile getheilt werden.

3) Sollte ein Kandidat in einem Theile der Prüfung so wenig leisten, daß ihm das Prädikat hinlänglich nicht werden kann: so erhält er eine Null. Diese Null, zieht ein Prädikat der besten Art in die nächstfolgende Klasse. Wenn also ein Kandidat zwei sehr gut und eine Null hat: so fehlt ihm nicht nur ein ganzes Prädikat, sondern das eine sehr gut wird nur als ein Prädikat gut gerechnet.

4) Um den 1sten Charakter zu erhalten, sind $\frac{3}{4}$ der 45 Prädikate sehr gut, mithin $33\frac{3}{4}$ erforderlich; zum 2ten Charakter $\frac{2}{3}$ der Prädikate gut, mithin 30. Wobei ein

Prädikat sehr gut ein Prädikat hinlänglich zu gut hinaufzieht. Zum 3ten Charakter werde $\frac{2}{3}$ der Prädikate hinlänglich erfordert.

5) Der 2te und 3te Charakter können nach Verhältniß der bessern Prädikate, als nothwendig dazu erforderlich sind, durch das Beifügen der Ausdrücke mit Auszeichnung, mit rühmlicher Auszeichnung, mit sehr rühmlicher Auszeichnung, erhöhet werden.

§. 3.

Vergleicht man diese Grundsätze des Schleswigschen Obergerichtes mit dem Inhalte der königlichen Verordnung: so wird man, was die Erwerbung der Charaktere und die dabei gebräuchlichen erhöhenden oder schwächenden Zusätze betrifft, in der Sache selbst größtentheils Uebereinstimmung finden, obwohl die Ausdrücke verschieden lauten. Nach der Verordnung würde z. B. der 2te Charakter in folgender Stuffenfolge zu ertheilen seyn: 1) mit völliger Ueberzeugung 2) mit Ueberzeugung 3) ohne Zusatz 4) nicht ohne Bedenken. Dieser Stuffenfolge wird entsprechen: 1) mit sehr rühmlicher Auszeichnung 2) mit rühmlicher Auszeichnung 3) mit Auszeichnung 4) ohne Zusatz. Bei dem dritten Charakter aber, welcher fast gar keinen Werth für eine praktische Laufbahn hat, wäre es angemessener, die verordnungsmäßigen Zusätze beizubehalten, statt z. B. mit rühmlicher Auszeichnung einen dritten Charakter zu ertheilen. Da der 1ste Charakter im Ganzen selten, bisweilen in mehreren Jahren gar nicht ertheilt wird, da er also fast wie eine Ausnahme erscheint: so bleibt er auch ohne steigernden Zusatz die größte Auszeichnung. So mag es sich erklären, wenn das Schleswigsche Obergericht den ersten Charakter in den erhöhenden Zusätzen übergeht, obwohl diese nach der k. Verordnung auf jeden Charakter Anwendung leiden.

Was das Verhältniß zwischen dem mündlichen und schrift-

lichen Examen betrifft: so verdient es aus einleuchtenden Gründen den größten Beifall, daß der Einfluß des Schriftlichen überwiegend ist. Daß die Auswahl der 18 schriftlichen Fragen mit großer Sorgfalt geschehen müsse, versteht sich von selbst; daß aber die Fragen wirklich zweckgemäß ausgewählt werden, dürfte kein Sachverständiger bezweifeln, wenn er Gelegenheit gehabt hat, mehrere Jahre hindurch die vorgelegten Fragen einzusehen. Ebenfalls verdient es Beifall, wenn die Relation aus den Akten 4 Prädikate, also $\frac{4}{4\frac{4}{5}}$ giebt, weil eben aus der Relation die praktischen Anlagen, namentlich die in einem ausgezeichneten Grade so seltene Fähigkeit der richtigen Anwendung des Rechtes auf den Fall, am besten zu erkennen sind. Aber übel ist es, daß zu dieser so wichtigen, auf den Charakter so einflußreichen Arbeit, blos drei Tage gestattet werden; eine viel zu kurze Frist! Das Doppelte der Zeit, wären die Akten auch von dem möglichst geringen Umfange, mögte einem angehenden Praktiker durchaus nothwendig seyn, um einen etwas schwierigen Fall (und ein schwieriger oder bedenklicher Fall ist für die Prüfung wesentlich) mit einiger Gründlichkeit und Umsicht zu bearbeiten.

Anlangend das Verhältniß der Prädikate für das mündliche Examen: so gewinnt es auf den ersten Blick zwar den Anschein, als wenn Geschichte und philosophische Wissenschaften zu gering angeschlagen wären. Doch ist zu bedenken, daß geschichtliche und philosophische Bildung sich in den Abhandlungen, desgleichen in den schriftlichen und mündlichen Antworten auf die Fragen aus den verschiedenen Zweigen der Rechtswissenschaft, bemerklich und geltend machen werden. Aus einer ähnlichen Betrachtung mag auch die Schätzung des Römischen Rechtes auf 4 Prädikate genügend erscheinen. Wenn hingegen 3 Prädikate für den Civilproceß gelten: so findet diese anscheinlich hohe Schätzung theils darin ihre Rechtfertigung, daß unter allen Fächern unserer Wissenschaft gerade der Civilproceß die meiste Schwierigkeit dem Anfänger darbietet, daher sein Wissen in

diesem Fache eines desto größern Preises werth ist, theils darin, daß die in diesem Zweige erworbenen Kenntnisse nicht leicht in den übrigen Disciplinen sich mit geltend machen. Etwas zu hoch angeschlagen scheint das Kriminalrecht nebst dem Kriminalprocesse, wenn hierfür 3 Prädikate bemerkt werden; dagegen zu gering das vaterländische Recht mit 2 Prädikaten, da unter dieser Rubrik zugleich die Germanischen Rechtsinstitute mitbegriffen sind.

Uebrigens ist es einleuchtend, daß bei Zutheilung der Prädikate für jedes Fach auch das Verhältniß der verschiedenen, aus einem Fache vorgelegten Fragen, und der darauf gegebenen Antworten, ganz vorzüglich zu erwägen ist. Der Kandidat könnte z. B. auf drei leichte Fragen aus dem Römischen Rechte eine völlig befriedigende, eine sehr gute Antwort ertheilt haben, und dennoch würde er kaum hinlänglich sich ausweisen, wenn er in der Antwort auf eine vierte Frage zu erkennen gegeben hätte, daß es ihm an der Erkenntniß dessen, was bei einem jungen Juristen als nothwendig vorausgesetzt werden muß, völlig gebräche. Und umgekehrt würde eine sehr gute Antwort auf eine bedeutungsvolle Frage die unbefriedigende Antwort auf drei wenig erhebliche Fragen dergestalt ausgleichen, daß das Prädikat gut beizulegen wäre. Auf eine ähnliche Weise muß es sich in Betreff der Antwort auf die schriftlichen Fragen, welche die ganze Rechtswissenschaft umfassen, verhalten. Je mehr ein Kandidat durch seine Beantwortungen bewiesen hat, daß er in den Geist und das Wesen der Jurisprudenz eingedrungen sei, je geringer ist ihm eine fehlsame Antwort auf eine Frage, welche vielleicht nichts weiter als Gedächtniß zu ihrer richtigen Beantwortung voraussetzt, in Rechnung zu bringen. Von solchen Grundsätzen wird, dem Vernehmen nach, im Schleswigschen Obergerichte ebenfalls Anwendung gemacht; sie sind es, die den so genannten Total-Eindruck rechtfertigen; sie geben die Aufklärung, warum ein Kandidat mit allem Rechte öfters einen schlechtern oder bessern Charakter

erhält, als man nach bloßer Abzählung der beantworteten und nicht beantworteten Fragen hätte erwarten können.

Endlich begreift es sich von selbst, wie viel auf den individuellen Maaßstab ankommt, um zu bestimmen, ob der Examinirte ein besseres oder schlechteres Prädikat, mithin, nach Summirung aller Prädikate, einen bessern oder schlechteren Charakter verdient hat. So ist es z. B. allgemein anerkannt, daß in Kopenhagen weit leichter ein vorzüglicher Charakter ertheilt wird, als in Glückstadt und Schleswig; daß also z. B. ein hier erworbener 2ter Charakter, etwa mit irgend einer Auszeichnung, in der öffentlichen Meinung so viel gilt, als ein in Kopenhagen verdienter 1ster Charakter. Und vergleichen wir die beiden Schleswig-Holsteinischen Obergerichte unter einander: so ist es eine sehr verbreitete Meinung, daß in Glückstadt viel schwieriger, als in Schleswig, der 1ste Charakter zu gewinnen sei.

§. 4.

Wie auch immer die Prüfungen eingerichtet seyn mögen: es wird der Erfolg zum Theil von zufälligen Umständen abhängig bleiben. Eine Prüfungskommission hat ihr höchstes Ziel erreicht, wenn sie nach Möglichkeit dahin arbeitet, den Einfluß des Zufälligen zu beseitigen. Daneben muß sie unwandelbar ihr Augenmerk darauf richten, bei Ertheilung der Charaktere ein richtiges Verhältniß unter den Kandidaten auszumitteln. Wie der eine Kandidat im Vergleich mit dem andern zu charakterisiren sei, das ist viel wichtiger zu untersuchen, als ob man sämmtliche Kandidaten eine Stuffe niedriger oder höher stellen solle. Eben weil das Publikum die verschiedenen Kandidaten auf die Grundlage des jedem zugetheilten Charakters mit einander vergleicht, und eben weil auch der Staat, wenn mehrere Kandidaten eine Beförderung suchen, wenigstens bei der ersten Anstellung auf den bessern oder schlechtern Charakter, den der Eine im Vergleich mit dem Andern erhalten, Rücksicht nehmen

muß: so bleibt es die angelegentlichste Sorge, das richtige Verhältniß unter den Kandidaten bei Ertheilung der Charaktere hervortreten zu lassen. Dem Schleswigschen Obergerichte gebührt, nach meiner Einsicht und Erfahrung, die Anerkennung, daß dasselbe den relativen Werth der Kandidaten möglichst richtig feststelle. Die in Schleswig beobachteten Grundsätze müssen also, wie ich meine, eben so richtig gewählt, als treffend durchgeführt seyn. Es kann nämlich nicht bezweifelt werden, daß ein Lehrer, welcher die Studirenden aus ihren Arbeiten im processualischen Praktikum und Relatorium ein ganzes Semester hindurch kennen zu lernen Gelegenheit gehabt hat, am besten über ihre Fähigkeiten und Kenntnisse, über die praktischen sowohl, als über die rein wissenschaftlichen, zu urtheilen vermag; vorausgesetzt, daß der Lehrer Unparteilichkeit behauptet und sich durch den Erfolg der Fähigern und Kenntnißreichern nicht zu einem ausschweifenden Lobe, und umgekehrt durch den schlechten Erfolg, welcher die Arbeiten der mit wenig Talent Begabten oder der mit dürftigem Wissen Ausgerüsteten nothwendig begleitet, nicht zu einer übertriebenen Geringschätzung verleiten läßt. So weit es mir nun möglich geworden ist, eine Vergleichung unter gewissen jungen Männern anzustellen und mir über dieselben eine Meinung zu bilden, habe ich durch den Ausfall des Schleswigschen Examens mich fast immer in meiner relativen Schätzung bestärkt gefunden. Eine Auszeichnung mehr oder weniger bei demselben Charakter darf hierbei nicht in Anschlag kommen; eben so wenig, wenn sämmtliche Kandidaten um eine kleine Stuffe höher steigen. Eine arge Täuschung hat sehr selten Statt.

Bei dieser Gelegenheit mögte ich mir den Wunsch erlauben, daß die von dem Obergerichte in Glückstadt befolgten Grundsätze ebenfalls bekannt würden. Einige Abweichungen sind notorisch z. B. daß in Glückstadt auf das mündliche Examen mehr Gewicht gelegt wird, und daß man dort drei Tage, in Schleswig nur einen Tag mündlich exa-

minirt; daß es der schriftlichen Fragen dreissig giebt, und daß gleichwohl die Beantwortung derselben weniger entscheidet als in Schleswig, wo blos achtzehn schriftliche Fragen vorkommen; daß die Relation nicht so viel gilt, als in Schleswig u. d. gl. Lägen die in Glückstadt angenommenen Grundsätze uns deutlich und in ihrem Zusammenhange vor: so würde darüber zu verhandeln seyn, wie sich eine, im höchsten Grade wünschenswerthe, Uebereinstimmung der Grundsätze beider Obergerichte vermitteln ließe.

§. 5.

Die hiesige Einrichtung der juristischen Prüfungen, läßt sie nichts zu wünschen übrig? Zu dem Oberkonsistorial-Examen der jungen Theologen wird ein Professor der Theologie zugezogen, und da diese von dem berühmten Kanzler Cramer veranlaßte Einrichtung sich während einer langen Reihe von Jahren bewährt hat: so wirft man natürlich die Frage auf, warum nicht ebenmäßig ein Professor unserer Wissenschaft den juristischen Prüfungen beigeordnet wird? Gewiß ist es zu loben, daß unsre Kandidaten des Staatsdienstes von Geschäftsmännern geprüft werden; denn die Tüchtigkeit für die Geschäftswelt steht in Frage, und Lehrer ließen sich vielleicht zu sehr von einer Zuneigung gegen ihre Schüler einnehmen. Aber die Zuziehung eines einzigen akademischen Gelehrten kann dem Zwecke des Examens nur förderlich seyn. Seine Anwesenheit wird dazu dienen, in den Examinanden mehr Vertrauen zu erwecken und ihre Schüchternheit zu entfernen; denn bei aller Leutseligkeit, welche den Herren des Obergerichts in der königlichen Verordnung zur Pflicht gemacht ist und welche dieselben ohne Zweifel so gern bezeigen, wird mancher Kandidat sich doch bei einer Gelegenheit, wo sein Wohl und Wehe auf dem Spiele steht, der Befangenheit und Blödigkeit nicht erwehren können, wenn er sich lauter Richtern gegen über befindet, die in Bezug auf seine bisherige Laufbahn ihm völlig fremd geblieben

waren. Ferner wird der akademische Gelehrte den wissenschaftlichen Standpunkt mehr geltend machen, als es von Praktikern bei aller ihrer Bildung gewöhnlich zu erwarten ist. Ich meine nicht, daß der praktische Gesichtspunkt nicht vorzugsweise sollte genommen werden, so oft die Tüchtigkeit zum Staatsdienste zu erforschen ist; allein es wird doch heilsam seyn, einem Kollegium von lauter Geschäftsmännern einen Theoretiker beizugeben, um auch der Theorie ihr Recht wiederfahren zu lassen. Die Fortschritte und den dermaligen Stand der Wissenschaft in deren verschiedenen Zweigen wird ein Rechtslehrer viel eher, als ein Praktiker, kennen zu lernen Gelegenheit und Muße haben. Besonders wird bei Beurtheilung der Abhandlungen das Votum eines akademischen Gelehrten von entschiedenem Nutzen und jezt vielleicht desto nothwendiger seyn, je mehr diese Abhandlungen, ohne daß freilich die königl. Verordnung es erfordert, allmälig in umfängliche Dissertationen, ähnlich den Inauguralschriften, übergegangen sind.

Die Zulassung zum Amtsexamen ist durch das öffentliche Zeugniß der Landesuniversität bedingt; ein Zeugniß, welches über die besuchten und nicht besuchten Vorlesungen, den Fleiß und die Sitten, Auskunft geben soll. Neulich ist angenommen, daß ein Relegirter während der Dauer der Relegation keinen Anspruch auf ein solches akademisches Zeugniß habe; mithin, daß er so lange von dem Examen ausgeschlossen sei. Dieser Grundsatz scheint mir nicht richtig; denn ich begreife nicht, mit welchem Rechte eine Lehranstalt denen, die sie unter ihre Schüler aufgenommen hat, ein Zeugniß über ihr Betragen versagen könnte. Die Strafe der Relegation findet ihren Platz im Zeugnisse. Ob nun, dieser Strafe ungeachtet, das Examen zu gestatten sei, muß von der Natur des Vergehens abhängen, welches der Relegation zum Grunde liegt. Manches Vergehen während der Studienzeit ist von der Beschaffenheit, daß es billiger Weise beim Eintritt in das bürgerliche Leben nicht weiter in Betracht kommt.

Ueberdies muß man, hätte auch die öffentliche Anstellung vor der Hand noch Bedenklichkeiten, doch jedenfalls geneigt seyn, vorläufig die Fähigkeiten und Kenntnisse zu prüfen.

Man hat es öfters getadelt, daß der Eintritt in die akademische Laufbahn von keiner Maturitätsprüfung ist abhängig gemacht worden; mir aber scheint der Grundsatz der Freiheit, die man heutiges Tages bei jeder Gelegenheit in Anspruch nimmt, nirgends mehr nothwendig, als bei der Erlernung und dem Anbau der Wissenschaften. Wann und auf welche Weise jemand die Vorkenntnisse derjenigen Wissenschaft, welcher er sich gewidmet, erworben habe, ist für den Staat ohne alle wahre Bedeutung; genug, daß die Prüfung in den Vorkenntnissen und dem Hauptfache alsdann mit Ehren bestanden wird, wenn jemand den Zutritt in den öffentlichen Dienst begehrt. Schulzwang und Staats-Vormundschaft ist, im Ganzen genommen, mit der Kultur der Wissenschaften unverträglich, wenigstens von keinen ersprießlichen Folgen. Diejenigen Deutschen Länder, worin ein freies akademisches Studium gestattet ist, stehen in der Bildung junger Gelehrten und in der allgemeinen Verbreitung der Wissenschaften wahrlich nicht jenen Staaten nach, die in jedem Studium der Bildung ein schulgerechtes Examen vorschreiben. Wer indessen zur Förderung seines Studiums selbst eine öffentliche Unterstützung in Anspruch nimmt, von dem begehrt man mit vollem Rechte den Beweis seiner Befähigung zu dem erwählten Studium, und in dieser Hinsicht allein empfehlen sich die Maturitätsprüfungen. Auch darf der Staat, wenn das Amtsexamen Statt finden soll, eine Prüfung in den Vorkenntnissen verfügen und es wird alsdann dem Kandidaten nicht zu viel abgefordert, wenn nunmehr tüchtigere Vorkenntnisse erheischt werden, als beim Beginnen der akademischen Laufbahn. Gerade in diesem Punkte kann die im Hannöverschen wegen des Maturitäts-Examens neulich getroffene Anordnung zum Vorbilde dienen, vermöge welcher dem Kandidaten des Staatsdienstes, falls er sich nicht

beim Abgang auf die Universität hat prüfen lassen, die Nachprüfung in den Schulkenntnissen und die Gewinnung des 2ten Charakters in dieser Prüfung zur Bedingung gemacht wird; dagegen er doch, wenn er sofort beim Eintritt in das akademische Leben auch nur den 3ten Charakter in der Maturitätsprüfung erworben hätte, zum Amtsexamen würde zugelassen seyn [1]).

Eben so wenig würde es Beifall verdienen, wenn an den Besuch gewisser Vorlesungen die Zulässigkeit zum Amtsexamen geknüpft wäre. Zugegeben, daß man, um ein böses Beispiel wegzuräumen, von der Akademie denjenigen entfernen dürfe, welcher weder Vorlesungen hört, noch sonst die akademischen Anstalten benutzt: womit aber wollte man es rechtfertigen, einen jungen Mann, der sich die Tüchtigkeit in seinem Fache zutraut, von dem Amtsexamen blos deshalb auszuschliessen, weil er über sein Fach diese oder jene Kollegien nicht besucht hat? Blos deshalb, um die akademischen Studien zu fördern? Diese sollen aber ihrer Natur nach nichts weiter, als ein Mittel seyn, Gelehrsamkeit sich anzueignen. Wozu bedarf es dieses Mittels, wenn jemand auf andre Weise die gehörigen Kenntnisse erworben hat? Es zeugt in der That von arger Kurzsichtigkeit, wenn man meint, nur auf den Bänken und nur durch das Heftschreiben würde das rechte Wissen eingesammelt. Auch die Literatur docirt; auch Gelehrte, die außer der Akademie leben, verstehen zu dociren. Unsere akademische Einrichtung hat überdies so erprobte Vorzüge, daß es in der That keiner Zwangsmittel bedarf, um die Menge der Studirenden auf den akademischen Weg zu führen.

Darum finde ich auch keinen Anstand, das Erforderniß einer gewissen Dauer des akademischen Cursus zu misbil-

1) Vgl. die k. Hannöversche Verordnung vom 11. Sept. 1829. §. 21. und die ministerielle Instruktion zur Ausführung dieser Verordnung vom 30. Nov. 1829. §. 7.

ligen. Was liegt dem öffentlichen Dienste daran, ob ein Kandidat drei Jahre auf der Universität verlebt hat, oder eine kürzere Zeit, ob die Landesuniversität seine Lehrerinn gewesen ist, oder eine auswärtige Akademie? Die Tüchtigkeit allein muß entscheiden, nicht die Zeit, binnen welcher, nicht der Ort, wo die Tüchtigkeit erworben ist. Hat nur der Staat redlichen, geschickten, und gelehrten Männern die Prüfung der Kandidaten anvertraut, und verleiht er den Kandidaten eine Anstellung nicht nach Gunst und persönlichen Verbindungen, vielmehr nach der in der Prüfung bewiesenen Brauchbarkeit und nach dem Werthe des moralischen Charakters: so wird sich der Andrang zum Studiren und zum Staatsdienste von selbst schon geben. Aus der Ueberfüllung der Kandidatenliste kann der Staat selbst nur Gewinn ziehen. Ob aber die Kandidaten durch die übergroße Mitbewerbung in Nachtheil gerathen, das bleibt dem Gemeinwesen gleichgültig; der Einzelne ist der Staatsvormundschaft nicht bedürftig; er sorge selbst für sich, oder lasse seine Aeltern, Vormünder, Verwandte, Freunde, für sich sorgen.

§. 6.

Zum Beschluß einige Worte über den politischen Werth der verschiedenen Charaktere. Die Beschaffenheit der Zeugnisse, also der bessere oder schlechtere Charakter, soll bei Besetzung erledigter Bedienungen und Aemter, unter sonst gleichen Umständen, ein entscheidendes Gewicht haben. Dieses verheißt die k. Verordnung vom 18. Dec. 1795. Der dritte Charakter genügt folglich ebenfalls zum Staatsdienste; ja, die Klausel: unter sonst gleichen Umständen, würde es möglich machen, daß bei der Bewerbung um ein Amt der dritte Charakter vor dem ersten den Vorzug behielte. Indessen ist es nach und nach dahin gekommen, daß der dritte Charakter von dem Staate eben so wohl, wie von dem Publikum, so gering geachtet wird, daß es zu den Ausnahmen gehört, wenn der Staat einem Kandidaten mit dem

dritten Charakter ein solches Amt verleihet, welches eigentlich juridische Kenntnisse voraussetzt. Namentlich soll nach einer Verordnung vom 18. April 1817 der dritte Charakter nicht genügen, um eine königliche Bestallung als Advokat zu erwerben; ein Grundsatz, wovon im Ganzen nur selten eine Ausnahme gemacht wird. Mit dieser Anordnung wird sich gewiß jeder einverstanden fühlen, dem es klar geworden ist, wie sehr es zur Förderung des Justizwesens gereicht, wenn in den Advokatenstand keine andre, als vorzüglich tüchtige Männer, aufgenommen werden.

Dagegen scheint es ganz ungefährlich, Kandidaten mit dem dritten Charakter dergleichen Justizämter zu verleihen, worin sie, ohne es mit dem Rechtsprechen zu thun zu haben, blos als Gehülfen des Richters erscheinen; ich meine die Stellen eines Aktuars, Sekretärs, Expedienten, Registrators, Archivars u. d. gl.

Daß der erste Charakter bei der ersten Anstellung einer besondern Gunst werth sei, wird jedermann eben so einleuchtend finden, als daß man bei einer weitern Beförderung nicht so wohl auf den im Examen erworbenen Charakter, als vielmehr auf die in dem bisherigen Dienste bewiesene Anstelligkeit zu sehen habe. Ausgezeichnete praktische Anlagen werden wahrlich nicht im ersten Examen dargethan; die praktische Laufbahn allein kann darüber ein vollgültiges Zeugniß geben. Fleiß, Ordnung, Redlichkeit, guter Wille, gute Sitten, sind im Geschäftsleben ebenfalls und gewiß nicht zulezt in Anschlag zu bringen. Und wie groß ist nicht die Zahl derjenigen, welche mit dem Eintritt in die Praxis nicht allein jede wissenschaftliche Fortbildung verschmähen, sondern auch den größten Theil der erworbenen Kenntnisse leichtfertig vergessen und die angebornen Anlagen durch Vernachlässigung der Kultur fruchtlos werden lassen!

Verordnung, die Prüfung der Kandidaten der Rechtsgelehrsamkeit betreffend, für die Herzogthümer Schleswig und Holstein, vom 18. December 1795.

Da es für viele Unserer geliebten Unterthanen und das gemeine Wesen überhaupt von der größten Wichtigkeit ist, daß diejenigen, welche sich dem Dienste des Staats im Justizfache, als Rathgeber und Sachwalter, oder in obrigkeitlichen und richterlichen, wie auch andern Aemtern widmen wollen, die dazu erforderlichen Fähigkeiten und Kenntnisse besitzen; so haben Wir nöthig und gut gefunden, die Prüfung der Kandidaten der Rechtsgelehrsamkeit in Unsern Herzogthümern Schleswig und Holstein, der Herrschaft Pinneberg, Stadt Altona und Grafschaft Ranzau, einer gemessenen Vorschrift zu unterwerfen, und dieserwegen folgende Regeln für die Zukunft hiedurch anzuordnen und festzusetzen:

1. Die Prüfung dieser Kandidaten geschiehet fernerhin, nach Maaßgabe ihres Geburtsorts, im Herzogthum Schleswig von Unserm Obergerichte zu Gottorff, und im Herzogthum Holstein nebst den übrigen Deutschen Landen von Unserer Landesregierung zu Glückstadt, wird aber künftig nicht mehr mit einzelnen Kandidaten, die examinirt zu werden wünschen, zu verschiedenen Zeiten vorgenommen, sondern nur einmal in jedem Jahre, nach Endigung des ordentlichen Examens der Kandidaten der Theologie, angestellet, und nimmt jährlich am dritten Montage nach Michaelis ihren Anfang; welche Zeit von allen bei der Bekanntmachung dieser Verordnung noch nicht examinirten Kandidaten in Acht zu nehmen und abzuwarten ist.

2. Das Examinationscollegium besteht aus sämmtlichen, ein entscheidendes Votum führenden Mitgliedern eines jeden dieser Oberdicasterien, und einer der bei denselben angesetzten Secretarien, dem solches von dem Directorio aufgetragen wird, hält bei dem Geschäfte das Protokoll.

3. Vor zurückgelegtem ein und zwanzigsten Jahre seines Alters kann ein Kandidat zu dieser Prüfung nicht zugelassen werden.

4. Ein jeder Kandidat, der examinirt zu werden wünschet, muß sich spätestens sechs Wochen vor Michaelis bei dem Directorio des Oberdicasterii, schriftlich melden und, unter Bescheinigung seines Alters, durch Beibringung akademischer Zeugnisse darthun, daß und wie er volle drei Jahre der Erlernung der Rechtswissenschaft vorschriftsmäßig auf hohen Schulen obgelegen, welchen Vorlesungen er beigewohnet und wie er sich bis dahin aufgeführt und betragen habe. Zugleich muß er, außer einem Aufsatz von seinen Lebensumständen und Studien, eine von ihm ausgearbeitete Lateinische und eine Deutsche Abhandlung, über selbst gewählte juristische Materien, zum Beweise seiner Kenntnisse und Fähigkeit, sich richtig und zweckmäßig auszudrücken, einliefern. Von diesen Abhandlungen braucht keine über drei bis vier Blätter stark zu seyn; am Ende derselben aber, so wie des Aufsatzes von des Examinanden Leben und Studien, muß derselbe auf sein Gewissen bezeugen, daß es seine eigne, von niemanden durchgesehene und verbesserte Arbeit sei.

5. Bei der Prüfung selbst werden den Kandidaten zuvörderst schriftliche Fragen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft vorgelegt, welche sie sofort, und ohne dieselben erst nach Hause mitzunehmen, schriftlich beantworten müssen, wozu ihnen hinlänglich Zeit zu lassen ist. Hierunter sind auch leichte Rechtsfälle zu befassen, um zu sehen, ob sie die rechte und der Partei vortheilhaftere Klage oder Einrede angeben können, auch einige Fragen so einzurichten, daß die Geübteren Anlaß erhalten, die Gründe und den Zusammenhang ihrer Kenntnisse zu entwickeln.

6. Hierauf folgt ein mündliches Examen, welches von sämmtlichen Examinatoren, nach der von ihnen, der verschiedenen Fächer wegen, getroffenen Verabredung, angestellet wird, und sich sowohl auf die bei den Kandidaten vorauszu-

setzenden Vorkenntnisse, als auf ihre eigentliche Rechtskunde und dazu gehörigen Wissenschaften erstrecket.

Die Vorkenntnisse sind: die allgemeine Welthistorie und die vaterländische Geschichte, beide nach ihrem Hauptfaden und vornehmsten Begebenheiten, besonders der neueren Zeit, und in Verbindung mit der Geographie. demnächst aber die philosophischen Wissenschaften, wobei vorzüglich auf Logik, Psychologie und Moralphilosophie, überhaupt aber auf die Brauchbarkeit der Kenntnisse zu sehen ist.

Als Hauptwissenschaften sind zu betrachten: das Natur- und Völkerrecht, das neuere Römische Recht mit erforderlicher Rücksicht auf das ältere und die Römischen Alterthümer, das kanonische Recht und der Civilproceß, das vaterländische Recht oder die Kunde der im Lande geltenden Gesetze und Verfassung, und die zu allen diesen Wissenschaften gehörige Geschichte und Literatur.

Sonst aber sind die Kandidaten auch noch, vorzüglich bei der Landesregierung, in dem Deutschen Privat- und Staatsrechte, nebst der Reichsgeschichte, wie auch im Lehnrechte zu prüfen.

7. Zum Schlusse des Examens werden einem jeden Kandidaten kleine leichte Akten zugestellet, um daraus einen schriftlichen Vortrag zu verfertigen, und ein kurzes Bedenken über die Behandlung und Entscheidung der Sache, und was etwa bei jener, seiner Meinung nach, außer Acht gelassen und versehen worden, zu liefern, welches mit einer gleichen Versicherung, als die vorhin erwähnten Aufsätze, zu begleiten ist.

8. Nach solchergestalt geendigter Prüfung erhält ein jeder Kandidat auf gestempeltem Papier, gegen Bezahlung desselben, übrigens aber unentgeltlich, ein von dem Directorio unterschriebenes Zeugniß, worin erkläret wird, in welchen der Vorkenntnisse und Wissenschaften er vorzügliche, gute, hinlängliche Kunde, oder gute Anlagen an den Tag geleget habe. Diejenigen Wissenschaften, in denen der Kandidat zwar

geprüft worden, aber keine oder geringe Kenntnisse besitzt, sind dabei zu übergehen.

9. In gedachten Zeugnissen wird auch einem jeden Kandidaten, in Hinsicht seiner überhaupt bewiesenen Geschicklichkeit, ein Charakter, der erste, zweite, oder dritte beigelegt.

Wer, bei vorzüglichen oder wenigstens guten Vorkenntnissen, eine vorzügliche Kunde der Hauptwissenschaften, wenigstens der meisten, und gute Kenntnisse in den andern Wissenschaften zu Tage legt, erhält den ersten Charakter.

Wer, mit hinlänglichen Vorkenntnissen, eine gute Bekanntschaft, wo nicht in allen, doch in den meisten Hauptwissenschaften vereinigt, und übrigens gute Anlagen zeiget, dem wird der zweite Charakter beigelegt.

Wer, mit mangelhaften, doch nicht ganz unzulänglichen Kenntnissen in den Hauptwissenschaften, gute Anlagen verbindet, und Hoffnung giebt, daß er im Stande seyn werde, das Fehlende zu ersetzen, und mit den dazu erforderlichen Hülfsmitteln bekannt ist, dem ist der dritte Charakter zu ertheilen.

Der einem Kandidaten zuerkannte Character kann in einzelnen Fällen, nach dem Befinden des Examinationscollegii, durch die Ausdrücke: mit völliger Ueberzeugung, mit Ueberzeugung, oder den Zusatz: nicht ohne Bedenken, erhöhet oder geschwächt werden. Wenn aber ein Kandidat selbst in den Hauptwissenschaften wenige und unzulängliche Kenntnisse besitzet: so ist er mit keinem Zeugnisse zu versehen, vielmehr für das Mal ganz abzuweisen, und ihm die Fortsetzung der akademischen Studien anzurathen.

10. Nebenher wird das Examinationscollegium den Kandidaten Gelegenheit geben, ihre Bildung zur schönern Humanität, ihre Bekanntschaft mit den ältern und neuern Sprachen und den darin geschriebenen klassischen Werken über Philosophie, Geschichte, Legislation und Staatsverwaltung, wie auch ihre politischen und statistischen Kenntnisse zu zeigen, und was ihnen von diesen Seiten zur Empfeh-

lung gereichen mögte, in ihren Zeugnissen rühmlich bemerken.

11. Von dem bei der Prüfung der Kandidaten gehaltenen Protokoll und den ihnen ertheilten Zeugnissen ist jedesmal eine Abschrift an Unsere Deutsche Kanzelei einzusenden.

12. Unsere Oberdikasterien aber werden, bei der von ihnen anzustellenden Prüfung der Rechtskandidaten, durch aufmunternde Leutseligkeit Unsere väterliche Gesinnung gegen die zum Dienst des Landes und ihrer Mitbürger bestimmte, hoffnungsvolle Jugend, sichtbar zu machen suchen, und die Kandidaten können erwarten, daß Wir den lobenswerthen Erfolg ihrer Bemühungen mit Wohlgefallen wahrnehmen, und daß die Beschaffenheit ihrer Zeugnisse, bei Besetzung erledigter Bedienungen und Aemter, unter sonst gleichen Umständen, ein entscheidendes Gewicht haben werde.

Wornach ꝛc.

Bayerische Staatsbibliothek MÜNCHEN

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Alphabetisches Register.

Seite.

Abſetzung eines Staatsdieners kann auch ohne ein beſtimmtes Strafgeſetz eintreten 328
Abtheilung der Kinder darf nach Lübſchem Rechte nicht zum Nachtheil der Gläubiger geſchehen 29
Actio für Befugniß, klagbares Recht 309
Activa in einer Bilanz, bezeichnen das Plus . . . 107
Adminiſtrative Behörden dürfen die Juſtiz in deren Unabhängigkeit nicht antaſten 168. Ihr Wirkungskreis in Streitſachen 171
Adpromissores, was ſie ſind? 226
Adstipulator bei der Fidejuſſion und dem Conſtitutum . 252
Akademiſcher Curſus, ob er bei der Zulaſſung zum Amtsexamen ſollte erfordert werden 448
Akten in Kriminalſachen darf jeder einſehen 435
Amme, wegen Beleidigung derſelben kann ihr Dienſtherr nicht klagen 302
Analogiſche Anwendung einer geſetzlichen Vermutung findet Statt 33
Anerkennung des Fiskus iſt nicht gleichbedeutend mit Veräußerung 61. A. einer verjährten Schuld gewährt eine Klage 158
Anfang des Vergehens eines betrügeriſchen Bankerotts . . 382
Animo et corpore zugleich, nicht solo animo oder solo corpore, verliert der Trident den Beſitz 58
Anwälde oder Advokaten der Armen, wann ſie wegen Mis-

Seite.
brauchs des Armenrechts Strafe verdienen 175, 176; Beispiel einer flüchtigen Anmeldung eines Advokaten im Konkurse . 274
Argentarien, wofür sie mittelst der receptitia actio hafteten 255
Arme, als mutwillige Proceßführer, in wie weit sie strafbar sind 173
Arrest auf Englische Prisengelder wird nicht gestattet . . 141
Auftrag s. Fidejussion, Mandat.
Ausgabe, die Rubrik, bezeichnet das Minus . . . 106
Ausländische Gesetze s. Gesetz.
Ausspruch nach Lüb. R. zum Schaden der Gläubiger ist ungültig 29; hat jedoch die Vermutung der Rechtlichkeit für sich . 32
Baden, das, soll ohne öffentliches Aergerniß geschehen . 430
Bankerott, wie er betrügerischer Weise vorbereitet wird 344; was zu seinem Thatbestande gehört 376
Bäuerinn kann nicht standesmäßig einen Edelmann heirathen 21
Baukosten der Kirche s. Kirchenkasse.
Beerbte Ehefrau s. Schulden.
Begnadigung kann wider Will. des Verurtheilten jeder suchen 434
Beil, als Werkzeug der Hinrichtung 421
Beischlaf lediger Personen wird ebenfalls vermutet, wenn solus cum sola ꝛc. 35
Bereicherung ist ein wesentliches Fundament der cond. indebiti 121
Berücksichtigung, ein fehlerhaftes Wort 317
Besitz. Verschiedenheit zwischen dem possessorium ordinarium und summ. 47. Ob der B. bittweise Statt gefunden ist im summ. nicht außer Acht zu lassen 53. B. geht den Traden- ten nur animo et corpore zugleich verloren 58. B. einer Forderung ist unmöglich 313. Juristischer B. als Kunstwort . 314
Bestätigung v. Seiten des Fiskus ist verschied. v. Anerkennung 61
Betrug, dessen Merkmale 376
Bettgenossen müssen die Personen gewesen seyn, gegen welche die gesetzliche Vermutung der Schwängerung sprechen soll . 36
Bettgenossinn der Geschwängerten hindert nicht die Vermutung des Beischlafs 36
Beweisurkunden brauchen bei Antretung des Beweises nicht abschriftlich beigebracht zu werden 193
Bischöfliches Recht des Landesherrn geht nicht auf Beurtheilung der Vermöglichkeit der Kirchenkasse 173
Blanket, wenn der Misbrauch desselben höchst wahrscheinlich, hindert den Exekutivproceß 180
Briefe, noch nicht beförderte, sind straflos 333

Seite.

Brust, ob ein schwörendes Frauenzimmer schicklicher Weise die Hand auf die bloße Brust legt 211

Bundesschluß, wie er zu exequiren und auf wessen Kosten? 298

Bürge werden, so viel als Sicherheit bestellen wegen eigener Verbindlichkeit 259

Bürgschaft, wie sie sich zu den Röm. kumulativen Interces-sionsarten verhält 225, 258; verglichen mit verwandten Ausdrücken 258; kann von dem Bürgen wiederrufen werden vor Einwilligung des Gläubigers 261; ist wegen der Dos nach geschiedener Ehe zulässig 264; hört auf, verbindend zu seyn, nach Präklusion des Gläubigers 268

Bürgschein begründet keine Verbindlichkeit vor Einwilligung des Gläubigers 263

Calculi error, worin er besteht 160

Cedendarum actionum beneficium des Fidejussors beruht auf der Billigkeit 235; ist ebenfalls dem interc. Konstituenten beizulegen 257; darf nicht durch Nachlässigkeit des Gläubigers vereitelt seyn 268

Certamen pro virtute besteht nicht in einer Leseprobe . 95, 97

Certum, wofür der Fidejussor haftet, obwohl es für den Sponsor nur ein incertum ist 235; wird im Mandats- oder Exekutiv-Processe erfordert 235

Cession einer Forderung erford. keine Uebergabe d. Schuldscheins 313

Communio s. Gemeinschaft, Gütergemeinschaft, Errungenschaft.

Competentiae beneficium, ein unechtes Kunstwort 309; ist von doppelter Art 310

s. Kompetenz.

Conditio indebiti s. Indebiti.

Condictio sine causa wird nicht durch das bloße Geben einer Sache begründet 124

Conditionalia negotia, welche es sind 311

Consilium fraudulentum verbindet zum Schadenersatz auch den Geschlechtsvormund 120

Constitutum wegen einer verjährten Schuld war unzulässig 157

Constitutum, das intercessorische, wie es entstanden und sich zu den übrigen Interceßionen verhält 248; vermeintliche, aber unrichtige, Eigenheiten des interc. kumul. C. 250; sein Gebrauch war sehr beschränkt bis zu Justinian 254; in welchem Verhältniß das C. zu der heutigen Bürgschaft steht . . 258

Credere begreift das mutuum und das foenus zugleich . . 241

Credit in der Buchhaltung bezeichnet das Plus d. Arithmetiker 107

Seite.

Curator sexus s. Cousilium.
Darlehn, verbindet den Schuldner allererst, wenn er die Auszahlung sich gefallen läßt 77; konnte mit Stipulation verbunden seyn 73; kann stillschweigend abgeschlossen werden 128; auf dem Wege des Vorschusses 162
Datum. Dessen Gewißheit ist nicht der Grund des Vorzugs öffentlicher Hypotheken 66, 69, 72. Das D. eines Pfandrechts für ein Darlehn beginnt mit der Auszahlung . . . 76
Debendi causa liegt nicht in dem bloßen Empfange . . 123
Debet in der Buchhaltung bezeichnet das Minus d. Arithmetiker 107
Dienstherr, wird in der Person seiner Amme nicht beleidigt 302
Diplomatische Verhandlung findet Statt über die Ungerechtigkeit eines Gesetzes 5; zur Ausmittelung der Echtheit eines in Amerika ausgestellten Todtenscheins 205
Divisionis auxilium des Fidejussors beruht auf einer epistola Hadriani 228, 237; des Mandators aber auf billiger Interpretation 246; des interc. Konstituenten auf Justinian's Verordn. 257
Dolo, actio de, ist nicht mehr subsidiär 120
Domicil entscheidet über den Stand einer Person 10; Neues D. darf nicht zur Umgehung der Gesetze gewählt werden . 20
Dos kann nach geschiedener Ehe verbürgt werden . . . 264
Edelmann heirathet standeswidrig eine Bäuerinn . . . 21
Ehe unter zwei Frauenspersonen ist nichtig 24
Eheberedung, durch Simulation veranlaßt . . . 110
Ehebruch wird vermutet, wenn solus cum sola . . . 33
Ehescheidung wider ausländische Gesetze 19
Eid, in wiefern er zulässig ist im Summ. 56. Dessen Feierlichkeiten 207. Wird für geleistet nicht gehalten, wenn die Ausschwörung unterbrochen wird 222
Eigenthum an einer Forderung, ist ein Unding . . . 312
Einlassung, verneinende, ist keine exc. defic. fund. agendi 312
Einnahme, die Rubrik, bezeichnet das Plus . . . 106
Einreden, s. Exceptio.
Einsamkeit, in wie fern sie erfordert wird zur Begründung des Verdachts einer Schwängerung 35
Elogium der Obducenten, ob es im Streite mit dem Gutachten einer Fakultät als richtig anzunehmen ist . . . 411
Empfang, der bloße, ist kein Fundament einer Rückforderung 123
Entkleidung, in wie fern sie nöthig zur Begründung der Präsumtion eines Beischlafs 35

Seite.
Entwurf eines hochverrätherischen Schreibens, in wie fern er strafbar ist 329
Erben tragen nicht die Kriminalkosten, wenn ihr Erblasser vor der Untersuchung gestorben ist 336
Erbschaften, in wie fern die Frau selbige in die Gütergemeinschaft bringt nach Jütschem Low 81
Erbverträge erfordern nicht die Einsetzung des Notherben . 79
Errungenschaft wird auf Fehmarn unt. Ehegatt. gemeinschaftl. 83
Erschwerende Umstände beim Kindermord 426
Examen der Rechtsgelehrten in Schleswig und Holstein . 437
Exceptio hat verschiedene Wirkungen, jenachdem sie in favorem debitoris oder in odium creditoris ertheilt ist 146; hat nur gegen eine an sich gegründete Klage Statt 148, 154; E. non fundatae inteutionis, defic. fund. agendi, non comp. act. ist ein Unding 311
Excussionis benef. s. Ordinis.
Exekution eines Bundesschlusses, wie sie zu verfügen . . 298
Exekutivproceß ist nicht zulässig bei dringendem Verdachte des Misbrauchs eines Blankets 180; erheischt ein certum, ähnlich der cond. certi 235
Executores negotiorum, was sind sie? 41
Exempel statuiren, ist dem Kriminalrichter nicht erlaubt . 313
Facere judicatum, was es bedeutet 310; „in quantum facere potest“ hat einen doppelten Sinn 310
Fakultät, medicinische, ob ihr Gutachten ein größeres Ansehen hat, als das Elogium der Obducenten 411
Fallit nach Lüb. R. 27
Fälschung, wenn sie wahrscheinlich, hindert den Exekutivproceß 180
Faustpfand an einer Forderung, ist unmöglich . . . 313
Feierkleid sollte der Richter anlegen 208
Feierlichkeiten beim Schwören 207; bei Testamenten 285 285
Fenster, ob ihre Oeffnung nöthig ist beim Schwören . . 211
Fenstern, eine Sitte in der Probstei, begründet nicht die gesetzliche Vermutung des Beischlafs 37
Fidejussion, verschieden von der Sponsion und Fidepromission 227; ist kumulative Verbal-Intercession 230; enthält einen Auftrag 231; beruht auf persönlichem Kredite 232; enthält einen Vertrag zwischen Gläubiger und Fidejussor, ohne dem Hauptschuldner Rechte zu geben 233; verbindet im eigenen Namen den Fidejussor 234; giebt nur dem Stipula-

Seite.

tor eine Klage, und zwar stricti juris, aber dem Fidejussor das benef. cedend. act. 235; ist accessorisch 236; war nicht subsidiär 236; bringt das auxilium divisionis mit sich, jezt auch das benef. ord. s. excuss. 237; Fidej. indemnitatis 238, 277, 283; wie sich die Fidejussion von dem intercessorischen Mandat unterscheidet 239; desgleichen von dem interceß. Constitutum 248, und sich zu der heutigen Bürgschaft verhält 258
Fidepromission unterscheidet sich v. d. Sponsion u. Fidejussion 226
Fiktion einer Stipulation hat ausnahmsweise Statt . . 230
Finger, was ihre Aufhebung beim Schwören bedeutet . 217
Fiskus. Seine Anerkennung ist verschieden von einer Veräußerung 61. In wie weit er befugt ist, dasjenige zurückzufordern, womit sein Schuldner einen andern Gläubiger befriedigt hat 127. Der F. konnte, wie jeder andere Gläubiger, den Fidejussor vor dem Hauptschuldner belangen 236
Fleischliche Vermischung s. Beischlaf.
Flüchtig, was darunter nach Lüb. R. zu verstehen . . 27
Formelles Recht läßt das natürliche bestehen . . 146, 151
Fräuliches Vermögen haftet nach L. R. f. d. Schuld. d. Mannes 27, 29
Fristen dürfen in Kriminalsachen eher bewilligt werden, als in Civilsachen 339
Frühzeitigkeit der Geburt, woraus sie abzunehmen 404, 409
Fungible Sachen s. Vertretbare.
Gebärhaus, öffentliches, so lange die Mutter darin verweilt, verhält sich ihr Kind als ein neugebornes 417
Geben begründet keine Rückforderung 123
Gebrechliche, bedürfen sie eines Vormundes? . . . 44
Gedanken, verkörperte, enthält das bloße Koncept . . 332
Geheiß s. Bürgschaft, Fidejussion, Mandat.
Geistliche schwören mit der Hand auf's Herz 210, 219. In wie fern von ihnen eine Warnung vor dem Meineide geschieht 213
Geld, öffentliches, was darunter zu verstehen . . . 130
Gemeinschaft ohne Vertrag, communis incidens, begründet nicht die Kompetenz 165
Gerichtliche Hypotheken Deutschen Ursprungs sind verschieden von der öff. Hyp. des R. R. 71
Geschlechtsvormund darf keinen gewissenlosen Rath ertheilen 120
Geschworne, ob sie eine Thatsache unrichtiger beurtheilen, als Richterkollegien? 323

Seite.

Gesetz. Die Gültigkeit desselben beurtheilt der Richter 1. Die innere Ungerechtigkeit entbindet nicht von der Befolgung 3. Widerspruch ausländischer und einheimischer Gesetze 5. Ausländische G. muß der Richter befolgen 13. G. sind nicht blos eine Instruktion für den Richter 13. Die Umgehung ausländischer G. darf kein Richter befördern 19. Der Wortsinn eines G. darf im Zweifel nicht verlassen werden 40. Der Grund des G. ist nicht zu verwechseln mit dem Gesetze 266. Strafgesetze, vernachlässigte, ob der Richter sie wieder anwenden darf 319

Gesetzgeber. Dessen Legitimität od. Usurpation beurtheilt der Richter 1

Gesinnung, die gefährliche eines Staatsdieners, begründet seine Absetzung 335

Gewässer, zum öffentlichen Gebrauch dienende, dürfen bei Strafe nicht verunreinigt werden 428

Gewohnheit, in wie fern sie bei der Bestrafung entscheidet 319

Gläubiger ist unfähig zur Vormundschaft 39

Grund des Gesetzes ist nicht mit dem Gesetze zu verwechseln 266

Grundsätze, leitende, als verwerflicher Ausdruck . . 316

Gütergemeinschaft nach Lüb. R. 27, 29; was ihr Gegenstand ist nach Jütschem Low 81; auf der Insel Fehmarn . 83

Hadriani epistola s. Divisionis.

Hand, mit der linken, sogar ohne Hand, kann im Nothfalle geschworen werden 210; Aberglaube, der sich beim Schwören an das Halten der linken Hand knüpft 211

Handschrift s. Urkunde, Obligation, Schuldschein.

Hereditatis petitio als Nichtigkeitsklage wider ein Testament 312

Heter, Heisser, so viel als Rückbürge 258

Hinrichtung mit dem Schwerte ist in Schl. und Holst. als eine misliche abgeschafft, und dafür die mit dem Beile eingeführt 421

Hinsichtlich, eine verwerfliche Präposition 317

Hypothek, s. Pfandrecht.

Indebiti condictio setzt Bereicherung des Beklagten voraus 121; findet Statt wegen einer verjährten Schuld . . . 144

Indemnitatis fidejussio verhält sich als eine bedingte . 238

Infamie bei der actio de dolo ist unpraktisch . . . 120

Injurie, mittelbare, liegt für den Dienstherrn nicht in der Beleidigung seiner Amme 302; welche Personen wegen einer mittelbaren Injurie klagen können 304

Interceſſion einer Ehefrau nach ausländischen Gesetzen ist

Seite.

gültig 6. Wie die Röm. kumulativen Interceſſionsarten ſich unterſcheiden 225
Irrthum, gemein., wie er ſich vom Rechnungsfehl. unterſch. 100, 106
Judeneid verdient in ſeiner gebräuchlichen Form noch beibehalten zu werden 210
Judicatum facere, was dieſes bedeutet? 310
Jüngſter Beſitz ſ. Summariissimum.
Jus, für Befugniß, war bei den Römern nicht ſehr im Gebrauch 309. I. in rem s. in re und jus in pers. s. ad rem, wie dieſe Ausdrücke in den Quellen vorkommen 308
Jussus gleichbedeutend mit mandatum 231
Juſtiz muß unabhängig ſeyn 166
Kandidaten juriſtiſcher Stellen, wie ſie in Schleswig und Holſtein geprüft werden 437
Kaſſation eines Rechtsſpruch. durch d. Regierung iſt widerrechtl. 166
Kaſſenbeamte dürfen zum Nachtheil des Fiskus nicht mit fiskaliſchem Gelde einen Gläubiger befriedigen . . . 127
Kaufmänniſche Umtriebe zur Vorbereitung eines betrügeriſchen Bankerotts 344
Kinder, drei befreien von der Vormundſchaft . . . 42
Kindergelder können nicht zum Nachtheil der Gläubiger nach Lüb. R. ausgeſagt werden 29
Kindermord, wie er ſich von dem Verwandtenmorde unterſcheidet 414, 426; desgleichen vom Kindertodtſchlage 416; iſt in Schleswig und Holſtein mit der Strafe des Beils bedroht, wird aber in der Regel höchſtens mit lebenswieriger Zuchthausſtrafe belegt 421
Kirchenkaſſe, ob ſie vermögend ſei, entſcheiden die Gerichte 169
Kirchliche Gemeinden behaupten ihre urſprüngliche Freiheit, wenn nicht eine Beſchränkung klar vorliegt 172
Klage muß beſtimmte Thatſachen enthalten 178
Kolliſion der Geſetze ſ. Geſetz.
Kolumne, Eintragung in eine unrechte, führt zu einem Rechnungsfehler 108
Kommiſſionär ſ. Makler.
Kompenſation einer verjährten Forderung iſt unzuläſſig 144; einer präkludirten ebenfalls 160
Kompetenz bringt nur gegen eine geforderte Leiſtung eine Einrede mit ſich 163; hat nicht Statt vermöge einer communio incidens 165

Seite.

Koncept, ob es strafbar ist 329

Konkurs, darin muß der Gläubiger sich anmelden, wenn er sich an dem Bürgen erholen will 273; die Profession im K. verhält sich als Klage 281

Kosten der Exequirung eines Bundesfürsten, wem sie zur Last fallen? 298; einer peinlichen Untersuchung, ob sie von den Erben getragen werden 336

Kranke, ob sie eines Vormundes bedürfen? 44

Kriminalrichter, darf kein Exempel statuiren . . . 318

Kunstwörter, wie sie in der Praxis zu gebrauchen sind 306; Ordnung der Worte 307; Beispiele unechter, aber unschädlicher Kunstwörter 308; Beispiele verwerflicher K. W. 311; Bsp. neuer Ausdrücke 314

Landesherrliches Reskript kann ein öffentl. Pfandr. begründen 71

Längst Leib längst Gut in einem vorjustinianischen Testamente 288

Leber, in wiefern ihre Entzündung konsensuelle Wirkungen auf Lunge und Gehirn äußert 408, 411, 413

Legis actio, eine Art derselben scheint die receptitia actio gegen die Argentarien gewesen zu seyn 255

Legitimität eines Gesetzgebers beurtheilt der Richter . . 1

Lehne, Aufhebung derselben im Königreiche Westfalen . . 3

Lesepprobe, mit dem Verluste von tausend Thaler, wird unter Bauern ungültig verabredet 92

Liquidirung im Konkurse, wie sie geschehen muß . 277, 281

Macedonianum Senatus begründet eine exceptio in odium creditoris 147

Mahnung ist nicht nöthig, um in Verzug zu setzen, wenn ein Zahlungstermin verabredet worden 26

Makler in Güter- und Ehesachen dürfen sich keiner Simulation schuldig machen 110

Mancipation, als Testamentsform 286

Mandat, qualificirtes oder intercessorisches, wie es sich zur Fidejussion verhält 239; wird in der Regel nach den gewöhnlichen Grundsätzen des auf Konsens beruhenden Mandats beurtheilt 240; muß unentgeldlich seyn 241; kann eine schon bestehende Hauptverbindlichkeit betreffen 242; gewährt eine bonae fidei actio directa und contraria 243; verbindet den Mandatar oder Gläubiger für Culpa 243, 268, 274; bringt Cession der Klagen mit sich, läßt Herabsetzung bis auf die mandirte Summe zu 244, aber keinen andern Gegenstand, als den der Hauptverbind-

Seite.

lichkeit 245; gestattet die Theilung unter mehreren Mandatoren 246; jedoch ehedem nicht die Wohlthat der Vorausklage; jezt aber findet nur eine subsidiäre Verbindlichkeit des Mandators Statt 247; wie es sich zu dem intercessorischen Constitutum verhält 248, desgleichen zu der heutigen Bürgschaft 258

Mandatum, so viel als jussus, liegt in der fidejussio . . 234

Mandatsproceß, verglichen mit der cond. certi . . . 235

Manuskript, das geheim gehaltene, ist straflos . . . 333

Maturitätsprüfung ist nicht nothwendig zur Gewinnung des akademischen Bürgerrechts in Kiel 447

Mediatores oder executores, negotiorum sind unfähige Zeugen 200

Meineid, wie die Warnung vor demselben geschieht 213; wann ein angefangener M. nach Holst. R. mit der Strafe des ausgeschwornen belegt wird 224

Milderungründe der Strafe des Kindermordes . . 422

Mitleiden entschuldigt nicht die Widerrechtlichkeit der Handlung, ist nicht ohne Einfluß auf die Verbindlichkeit des Schadenersatzes 117

Moral verpflichtet nicht, ein unerlaubtes Versprechen zu erfüllen 117

Mutuum s. Darlehn.

Nadelgelder verhalten sich nicht als Schenkung, werden also verzinset im Fall des Verzuges 25

Nadeln, als Werkzeug der Ermordung eines Kindes . . 298

Natürliche Verbindlichkeit hat eine dreifache Bedeutung 145; besteht gegen eine richterliche Freisprechung des Schuldners . 146

Neugeborenheit ist ein Erforderniß des Kindermordes 417; unter welchen Umständen sie anzunehmen ist . . 417, 418

Notherben dürfen in Deutschen Erbverträgen übergangen werden 79

Nuncupatio machte die Mancipation bedingt . . . 286

Obducenten, ob ihr Elogium vor dem Gutachten einer Fakultät den Vorzug behaupte 411

Obligatio naturalis, in einem dreifachen Sinne 145; bezeichnet gewöhnlich eine solche Verbindlichkeit, welche niemals klagbar gewesen 153

Obligation, Schuldschein, ist bei der Cession und Verpfändung blos eine Nebensache 313; auf den Inhaber lautend, ist die O. Hauptsache 314

Oeffentliche Gelder, was darunter zu verstehen . . . 130

Oeffentlichkeit des Pfandrechtes, wie sie zu verstehen 64; s. auch Pfandrecht.

Seite.

Oheim seines eigenen Oheims kann jemand seyn . . . 23
Ordinis beneficium, von Justinian eingeführt, verwandelt die Verbindlichkeit des Fidejussors in eine subsidiäre 237; desgleichen die des Mandators 247; eben so des interces. Konstituenten 257. Die Entsagung des benef. ord. hindert nicht die Befreiung des Bürgen nach der Präklusion des Gläubigers . 268
Parricidium, wie es sich von dem infanticidium unterscheidet 414, 426
Passiva in einer Bilanz bezeichnen das Minus . . . 107
Pauliana actio, ob sie zum Zweck des fiskalischen Revokationsrechtes zustehe? 136, 139, 142
Pfandrecht, worauf das öffentliche beruht 64; wie es bestellt wird 70; wie sich das gerichtliche Deutsche von dem öffentlichen Römischen unterscheidet 71; bedarf nicht der Erklärung des Schuldners, es solle als öffentliches bestellt seyn 73. Der Vorzug eines öff. P. R. geht verloren durch die Beschränkung von Seiten des Schuldners 75. Das PR. wegen eines Darlehns fängt erst mit der Auszahlung an 76. Das PR. lebt auf nach der fiskalischen Revokation 143; muß dem Bürgen cedirt werden 271; an einer Forderung, erfordert nicht die Uebergabe des Schuldbriefes 315
Pflichttheil wird dem Notherben ergänzt, wenn er in einem Erbvertrage übergangen ist 70
Polizei-Hoheitsrechte, im Konflikte mit Justizsachen . . 168
Polizeiliche Maaßregeln finden im Summariissimo Statt 52, 55
Possessio, s. Besitz.
Präklusion hebt die Kompensation eben sowohl auf, wie die Klage; ist mit res judicata von gleichen Folgen 162; entbindet den Bürgen, wenn sie der Gläubiger erfahren hat 268; macht die Cession an den Bürgen wirkungslos 277
Präterition s. Pflichttheil, Notherbe.
Precarium s. Besitz.
Preßhafte Person bedarf nicht immer eines Vormundes . 44
Prisengelder, Englische, leiden keinen Arrest . . . 141
Processiren der Armen, wann es zu bestrafen . . . 173
Profitiren im Konkurse, wie es geschehen muß . . . 281
Proklam, ad indagandum statum bonorum, ist in Schlesw. u. Holst. zulässig 270
Promissio, eine kumulative Intercession von subsidiärer Natur 234
Publica pecunia, was darunter zu verstehen . . . 130, 134
Qualificirtes Mandat s. Mandat.

Seite.

Quasi-öffentliche Pfandurkunden 69; ob sie sich in der Wirkung von den öff. Urk. unterscheiden? 75

Querela nullitatis testamenti, ein unechtes Kunstwort, ist so viel als hered. petitio 312

„Rathen und Thaten," was es bedeutet 201

Ratio legis ist nicht Gesetz 266

Receptum der Argentarien, was es enthielt 255

Rechnungsfehler, wie er begangen wird 100

Rechnungsführer des Fiskus dürfen ihre andern Gläubiger nicht mit publica pecunia befriedigen 127

Rechtsfähigkeit wird nach dem Domicil beurtheilt . . 5

Rechtsgeschäfte richten sich nach dem Orte der Eingehung 5, selbst wenn sie am Orte der Erfüllung in ihren Wirkungen beschränkt oder gar verboten sind 16

Rechtsmittel, werden sie in Armensachen gemisbraucht: so ist der Anwald strafbar 176. Wider Strafurtheile kann jedermann RM. einwenden 433

Redensarten, Beispiele neuer, verwerflicher, . . . 314

Reife eines Kindes, woran sie zu erkennen . . . 404, 409

Relegirte können ein akademisches Zeugniß begehren 446; werden in Schleswig und Holstein zum Amtsexamen nicht zugelassen 446

Res judicata läßt die natürliche Verbindlichkeit bestehen 146; steckt in der Präklusion 162; begründet eine neue Forderung . . 267

Resolutiva conditio ändert nicht den Begriff eines purum negotium 311

Retorsion wird nur mit Genehmigung des Landesherrn ausgeübt 15

Revokationsrecht des Fiskus s. Fiskus.

Rückbürge, heißt Heter im Dithmars. LR. 258; darf sich auf eine Culpa des Bürgen, wie des Gläubigers, berufen . . 274

Rücksichtlich, eine schlechte Präposition 317

Sachen, vertretbare, werden nur in ihrer Gattung geleistet . 84

Savigny's Lehre vom Summariissimum in ihrer Anwendung auf Wegestreitigkeiten 47

Schaden aus einer Simulation 110

Schaffner und Schaffnerinnen bei Holsteinischen Hochzeiten 38

Scheinkauf, zum Zweck des Testirens 286

Schlüsse sind nicht mit Thatsachen zu verwechseln . . . 178

Schulden des in Konkurs gerathenen Mannes muß nach Lüb. R. die beerbte Frau bezahlen 27; in wie weit nach Jütschem Low 81

Seite.

Schuldner ist unfähig zur Vormundschaft 39
Schuldschein s. Obligation.
Schwäche des Kindes, verschieden von dem Mangel der Lebensfähigkeit, als Milderungsgrund der Strafe des Kindermordes 423
Schwägerschaft, doppelte 23
Schwangerschaft und Niederkunft, ob die Verheimlichung derselben ein wesentliches Merkmal des Kindermordes sei . 414
Schwängerung s. Beischlaf, Entkleidung, Einsamkeit.
Scrinia sind die gesonderten Fächer im Archive . . . 288
Servitus bezeichnet in den Quellen regelmäßig die Last, nicht die Gerechtigkeit 309
Simonie kann durch Zwischenhändler bewiesen werden . . 201
Simulation verpflichtet den Simulirenden zum Schadensersatz, auch wenn er nicht aus Eigennutz gehandelt hat . . 117
Sitten, vermöge welcher zwei Personen Bettgenossen werden, stehen der gesetzlichen Vermutung des Beischlafs nicht entgegen 38
Sitzen ist unschicklich während des Schwörens 208
Sponsio, intercessorische, ist verschieden von der Fidepromission und Fidejussion 226
Staatsschatz s. Fiskus.
Stand der Personen richtet sich nach dem Domicil . . . 5
Standeswidrig ist die eheliche Verbindung eines Edelmannes mit einer Bäuerinn 21
Stipulation war mit keinem erweislichen Symbol verbunden 229; wird ausnahmsweise fingirt 230
Strafe, die erkannte, wird nicht mehr vollzogen, wenn sie widerrechtlich zu lange verschoben ist 329
Stumme werden nicht immer bevormundet 44
Summariissimum findet ohne eigentlichen gerichtlichen Proceß Statt 47; läßt nach Umständen Zeugen zu 55
Symbole gab es nicht bei der Stipulation 229
Taube sind nicht immer eines Vormundes bedürftig . . 44
Testament, das feierliche, sollte nicht als ein Privattestament bezeichnet werden 285, 293; wie es mittelst Mancipation, per aes et libram, errichtet wurde 286; Ursprung der Ueberreichung eines T. an den Landesherrn und Erfordernisse dieses T. 287; Quelle des obrigkeitlichen T. und dessen Erfordernisse 291. In welchem Sinne das s. g. Privattestament ein öffentliches ist? 294
Thatsachen sind verschieden von Urtheilen und Schlüssen . 178
Thörichte Verabredung einer Leseprobe unter Bauern . . 99

Seite.
Tod wird nicht durch Zeitungen bewiesen 206
Todtenschein, in einem fremden Welttheile ausgestellt, obwohl in öffentlicher Form, bedarf des Beweises der Echtheit 205; wird lächerlicher Weise zu den Akten erfordert, wenn der Tod notorisch ist 431
Tradent verliert den Besitz nur animo et corpore zugleich . 58
Trüffel- oder Nadelgelder sind keine Schenkung . . 25
Umschlag, der in Holstein übliche Zahlungstermin der Kapitalien 361
Unilateral-Kontrakte bedürfen beiderseitige Einwilligung . 263
Unterhändler sind unfähige Zeugen 199
Urkunde, öffentliche, wie sie bei dem Pfandrechte erfordert wird 64; muß als echt bewiesen werden, wenn sie in einem fremden Welttheile ausgestellt ist 205
s. Beweisurkunde.
Urtheile, richterliche, dürfen nicht durch die Regierung kassirt werden 166. U. unterscheiden sich von Thatsachen 178. Wer ein ungerechtes U. durch sein Verschulden veranlaßt, kann sich an seinem Mandanten nicht erholen 274. Freisprechende U. im inquisitorischen Processe werden sofort rechtskräftig 342. Verurtheilende U. in Kriminalsachen werden im Zweifel gelinde ausgelegt 436
Urtheilsgründe, die lezten geben den Ausschlag, wenn die Gründe zweier Erkenntnisse abweichend sind 279; müssen geheim gehalten werden, wenn die Bekanntmachung nachtheilig für eine peinliche Untersuchung werden könnte . . . 340
Usucapio pro herede, angedeutet in der 1sten Nov. . . 297
Usurpation eines Gesetzgebers beurtheilt der Richter . . 1
Utrumque im fr. 153 de R. J. ist nicht so viel als alterutrum 61
Veräußerung, fiskalische, ist nicht zu verwechseln m. Anerkennung 61
Verbindlichkeit s. Natürliche, Obligatio.
Verbuchung, unrichtige, unterscheidet sich vom Rechnungsfehl. 106
Verbürgung s. Bürgschaft.
Verheimlichung, ist kein Erforderniß der Veruntreuung 327; auch nicht des Kindermordes 414
Verjährung des fiskalischen Revokationsrechtes tritt binnen derselben Zeit ein, wie bei der Paul. Klage 137. V. einer Forderung hindert die Kompensation, und begründet gleichfalls eine Replik zum Besten dessen, welcher condictione indebiti die Zahlung einer verjährten Schuld begehrt, obwohl eine natürl. Verbindlichkeit bestehen bleibt 144. Die V. ist zur Begünsti-

Seite.

gung des Schuldners eingeführt, nicht aus Ungunst wider den Gläubiger 150, 152. Die V. einer Forderung hinderte das Constitutum derselben 157; heutiges Tages ist sie kein Hinderniß der Anerkennung 158

Vermittler, executores negotiorum, sind unfähige Zeugen . 200

Vermutung der Rechtlichkeit im Fall eines obrigkeitlich geschehenen Ausspruchs 32. Die V. des Beischlafs, wenn solus cum sola etc. bezieht sich auch auf ledige Personen . . 32

Verpfändung s. Pfandrecht, Faustpfand.

Verschleppung, wann dieses Vergehen anfangen kann . 344

Versuch, des Meineides, wird unter Umständen dem ausgeschwornen Meineide gleich bestraft, nach Schlesw. Holst. Gesetzen 224. Ob ein strafbarer V. in einem Koncepte liegt 329. Es ist ein bloßer V. des Betrugs, so lange keine Verletzung eingetreten ist 377. V. des Kindermordes ist anzunehmen, wenn die Obducenten sich gegen die Tödtlichkeit der Verletzung erklären 413

Vertheidigung eines Angeschuldigten ist jedem gestattet . 433

Vertretbare Sachen kann der Gläubiger nur in ihrer Gattung begehren 84

Verunreinigung der öffentl. Gewässer ist strenge zu ahnden 428

Veruntreuung, oder Vergreifung an amtlich erhobenen Geldern, was sie voraussetzt 324; erfordert nicht d. Verheimlichung 327

Verwandtenmord, unterschieden vom Kindermorde 414, 426

Verwandtschaft, doppelte 24

Verzugszinsen gebühren seit dem Verfalltage ohne Mahnung 25

Vorausklage kann derjenige nicht mehr vorschützen, welcher de dolo belangt wird, ... 119
s. Ordinis benef.

Vormund kann kein Gläubiger oder Schuldner des Pflegbefohlnen werden 39. Wer drei Kinder hat, ist als V. entschuldigt 42. Ein V. wird nicht jeder preßhaften Person bestellt, nicht jedem Gebrechlichen, Tauben, Stummen 44

Vorschuß verhält sich wie Darlehn 162

Vorzug des öffentlichen Pfandrechts, s. Pfandrecht.

Warnung vor Misbrauch des Armenrechts kann auch dem Anwalde geschehen 177. W. vor dem Meineide, in welcher Form sie geschieht 213

Wegestreitigkeiten werden im Summariissimum ohne gerichtlichen Proceß abgemacht 47

Seite.

Westfälische Herrschaft war eine unrechtmäßige in Bezug auf Braunschweig 3

Wette erfordert von beiden Theilen einen Satz 97, welcher aber in keiner unmäßigen Summe bestehen darf 98

Zahlungsfrist, ob und wie sie verschieden ist für den Konstituenten, Fidejussor und Mandator 252

Zahlungstermin versetzt in Verzug 26

Zeitungen beweisen nicht d. Wahrheit d. verbürgten Thatsachen 206

Zeugen können auch im Summ. zulässig seyn 55. Z. in eigener Sache, welche darunter zu verstehen 196. Unfähige Z. sind die executores negotiorum und die in „Rath und That" gewesen sind 41. Z. sollten nicht im Chore schwören . . . 209

Zeugniß, das öffentliche akademische, ist einem Relegirten nicht zu versagen 446

Zinsen vertreten die Entschädigung für den entbehrten Genuß 122, 241; ob sie dem Fiskus gebühren, wenn er sein Revokationsrecht ausübt 137; können bei dem qualificirten Mandate vorkommen, weil sie keine Belohnung des Mandatars enthalten 241

Zinsen d. Verzuges gebühren ohne Mahnung seit dem Verfalltage 25

Zweifelhafte Verurtheilung in Kriminalsachen muß gelinde ausgelegt werden 436

Zwischenhändler, executores negotiorum, sind unfähige Zeugen 200

Druckfehler.

S. 41. Z. 5. v. E. Statt: der vorigen Nummer die Rede gewesen, lies: Nr. 14. die Rede seyn wird.
= 61. = 8. = E. = meinem Inst. l. meinen Inst.
= 76. = 3. = O. = Keine l. Kein.
= 162. = 15. = E. = hinter l. hinterher.
= 165. = 4. = E. = lichen l. licher.
= 307. = 11. = O. = Akten l. Alten.
= 316. = 10. = O. = feste l. festen.
= 317 = 22 = O. = adverbalischen l. adverbialischen.

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Brinkmann, Rudolf

Wissenschaftlich praktische Rechtskunde Eine Sammlung von Erörterungen aus dem Gesammtgebiete der in Deutschland geltenden Rechte

Schleswig 1831

Jur.opp. 9 t
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10571216-0